萨其荣桂◎著

制度变迁中的国家与行动者

中国刑事和解的制度化实践及其阐释

中国政法大学出版社

制度变迁中的国家与行动者

中国刑事和解的制度化实践及其阐释


ISBN 978-7-5620-4057-6

定价：32.00元

萨其荣桂◎著

制度变迁中的国家与行动者

中国刑事和解的制度化实践及其阐释

中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目（CIP）数据

制度变迁中的国家与行动者 / 萨其荣桂著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2011.10

ISBN 978-7-5620-4057-6

Ⅰ. 制··· Ⅱ. 萨··· Ⅲ. 刑事诉讼-调解（诉讼法）-研究-中国 Ⅳ. D925.214.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第203905号

书　名　制度变迁中的国家与行动者
　　　　ZHIDU BIANQIANZHONG DE GUOJIA YU XINGDONGZHE

出版发行　中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
　　　　北京100088信箱8034分箱　邮政编码100088
　　　　邮箱 zhengfadch@126.com
　　　　http://www.cuplpress.com（网络实名：中国政法大学出版社）
　　　　(010) 58908586(编辑室)　58908285(总编室)　58908334(邮购部)

承　印　固安华明印刷厂

规　格　880mm×1230mm　32开本　11.25印张　260千字

版　本　2012年1月第1版　2012年1月第1次印刷

书　号　ISBN 978-7-5620-4057-6/D·4017

定　价　32.00元



自 序

一、法学的想象力

在这个剧变的时代，世界的每一个角落、每一个日夜都可能发生着各种新鲜事情。世界万物仿佛都以各自的方式变化着，发展着。中国的法制实践中所发生的一次事件，或者一次微妙的制度变迁无疑是这其中的冰山一角。但一次事件，也许恰恰是透视这个宏大世界的一扇窗口。近年来，在中国的法制建设中，刑事和解的制度化实践颇为引人注目，尽管算不上一次脱胎换骨的大事件，或者大变革，但至少向我们提供了一次思考和反思的契机。那是因为，传统的刑事司法更多地包含着强制、惩罚、统一等理念，推崇罪刑法定、罪刑相当、同罪同罚等原则或理念，而刑事和解实践显然是一种更注重合意、补偿、个别化等因素的方式，与刑事司法理念甚至现代法治的理念形成了某种张力。于是，伴随着这场全国性的制度实践，学界也掀起了一阵热烈的讨论，有实务上的，更有理论上的。夸张一点说，这一事件是中国法学界的一次“大狂欢”。[1] 这种现象在中国法学的短

〔1〕 关于刑事和解的研究成果以惊人的速度增长，在本书出版之际，我又发现了很多新的研究成果，却已经不能够纳入本书的内容中。

暂历史中并不多见。因此，不管这一现象的性质是什么，都意味着，刑事和解的兴起是值得认真对待的现象。而面对这一次制度性事件和学术性事件，我们需要一种法学的想象力。

经过十余年的法学学习和思考，日益体会到关于法学的想象力对于法学研究之重要性，而米尔斯（Mills）的观点更加明确和坚定了我这一体会。米尔斯认为，学术研究需要想象力，也许看起来没有什么直接联系的两个现象或事物，根据这种想象力就能够看出其中的微妙关系。[1] 获得了想象力是研究的第一步，而且是关键的一步，除此之外，还必须具备准确的判断力，能够准确地判断出靠想象力发现的几个事物之间是否能够进行勾连。

如上所述，一次微小的事件也许就是透视这个宏大世界的窗口。我把中国法制建设中发生的刑事和解的制度化现象作为探究制度变迁、制度变迁的各种背景与推动力量、制度变迁中的国家与社会、国家与个体的关系变化、制度与话语的互动等问题的切入点。可以说，这是一次尝试，一次运用法学的想象力探究法律现象的一次尝试，我不敢说它是很成功的，但我始终相信，它是有意义的。

法理学问题的魅力无限，却始终困扰在抽象与具体的矛盾中。我喜欢从部门法现象中去探究法理学问题，这也许与我的法学求学经历有关——硕士的专业是诉讼法学，而博士读了法学理论专业，但更多可能是受到了西方法理学思维模式的影响，

〔1〕 米尔斯认为认识世界、看清世事所具备的不仅仅是一种理性思考的能力，而是需要一种心智的品质，这种品质叫社会学的想象力。这样的想象力有助于将个人的生活与时代和历史的大背景联系起来。参见［美］米尔斯：《社会学的想象力》，陈强、张永强译，生活·读书·新知三联书店 2005 年版。

坚持从具体的问题出发寻找宏大的理论命题，或者从部门法的现象中探究法理学的命题。让我感到意料之外又在意料之中的是，这些年我的一种不自觉的理论坚持和尝试与我国法学界确切地说是法理学界自觉的大讨论不期而遇。这些年，法学界热烈地讨论了法理学与部门法之间的关系，中国法学何处去，中国法学界中存在的法理学和部门法疏离等问题。学者们逐渐意识到中国法学中存在法理学与部门法学之间缺少对话，法理学缺少对具体问题的关注，而部门法学又缺少抽象理论的关照等问题。尽管时至今日中国法学的发展仍然不尽如人意，却也能够看到人们为此所付出的各种努力，比如部分法理学学者开始关注运用交叉学科的视角和方法（比如法律社会学、法律经济学等在中国的兴起）对具体的部门法现象和问题进行研究，而部门法学者开始注重运用法理学的理论和视角研究问题，以及部门法哲学的兴起等，这些至少是令人欣慰的。在这个意义上，本书也可以说是对部门法学与法理学进行勾连、运用法理学的视角和方法研究部门法问题，以及从部门法问题出发探究法理学问题的一次努力。

作为法理学专业的学生，当初决定以刑事和解做博士论文的选题时，导师范愉教授是支持的，这也正契合了她的学术方向和观点：法理学要以具体问题、部门法问题为切入点。但我一开始就犯了个错误，基于对精美的宏大理论的偏爱，尽管努力发挥了想象力，尽管表面上做到了将法理学与部门法相结合，实际上却做了一件本末倒置的工作，那就是在还没有对刑事和解的诸多制度和实践的问题充分地考察和做出准确的判断之前，就把刑事和解作为一个新兴的制度现象对其做了理论解释。这样看似是个漂亮的理论，实际上却失去了大部分扎实的经验基础。每一个基础扎实、理论严密的法社会学研究必然是经验材

料与理论分析紧密结合而成的，而且，经验材料必然是理论分析的基础。如上所述，以刑事和解作为选题最初是因为我强烈的理论好奇心，而且将关注的重心放在刑事和解的制度化进程中国家所扮演的角色以及所起的作用，所以，起初循着这个偏好和冲动先做了一系列的理论分析，而实证调研则是后来的事情。因为没有充分的经验材料做基础，理论分析越来越显得捉襟见肘。于是，我开始奔走于北京的法院、检察院，内蒙古自治区各级法院、检察院以及公安机关，甚至亲赴锡林郭勒大草原进行实证调研。同时从各个报刊媒体上了解并搜集各地推行刑事和解的情况以及各种典型个案。这一系列工作完成之后，才真正进入论文写作。这一过程，给我带来了完全不同的感受。实际上，把刑事和解这一制度现象放在制度变迁的大背景下，对其作出一种法理学的阐释，可以有两种选择，一种是循着这个理论线索探讨下去，在抽象的层面上作出解释；另一种便是在实证调研的基础上作出法社会学的经验分析。我现在非常庆幸自己选择了后者。因为有了经验感受之后，所做的分析已经比起实证调研之前的感受有了非常大的不同。经过实证调研，破除了我对刑事和解实践的很多误解，并对其概念、运作、定位以及相关的话语等都有了一定的了解，也促使我后来逐渐形成了关于这一命题的理论框架。

另外，法学的想象力应该也体现在普适性与地方性的勾连中。吉尔兹（Geertz）关于法律具有地方性的论断固然没错，并且有着重大的理论意义。但法律和规范都是具有规范性的，这个规范性小到一个群体，一个社区，大到一个民族，一个地区，甚至一个国家，所以任何关于地方性或者普适性的论断都是相对的。如果我们要研究中国的法律制度，那必然涉及到具有代表性或者普遍性的做法和现实，但与此相对，一个具有代表性

的地区所显现的法律现象或现实，其第一特征便在于地方性，而它在多大程度上能够代表其他地区是需要严密论证的。基于如上考虑，本书的一个尝试便是对全国的刑事和解实践进行普遍性的理论关照，同时对民族地区（一个边境蒙古族聚居区的刑事和解实践）的刑事和解实践进行实证观察，力求做到在这种普遍性和地方性、全国性和民族性的结合和对照中展开思考。

二、本书的问题与理论框架

最初对刑事和解的关注，告诉我一个事实，即关于刑事和解的理论和实践发展非常迅速，完全可以用“如火如荼”这个词来形容。我国刑事和解的研究兴起不过短短几年，就快速增长为一个理论热点；伴随着这一研究热潮的是刑事和解实践在各地的迅速发展，从一些个别或局部的尝试，发展成为普遍推广的司法政策和司法改革措施，并初步形成了一些经验和模式，呈现出刑事和解的制度化趋势。而在这个过程中，有几个问题和矛盾现象引起了我的关注，比如制度的产生必然有它所依托的土壤和背景，那么在传统刑事司法体系中是否存在刑事和解的制度基础和社会需求？刑事和解的制度化实践伴随着理论热潮的高度响应，二者似乎显示出一种罕见的默契：理论界积极地为刑事和解的制度的建构出谋划策，而司法实务部门则在积极实践最新的司法理念和普适价值。然而，在刑事和解的理论与实践热潮中，其理论和实践高度契合的背后，似乎存在着诸多理论与实践的矛盾之处。如：其一，各种媒体及司法实务界，似乎将“刑事和解”视为一项全新的制度，而在一些学者的论述中，则将其阐释为一项移植而来的制度，其渊源乃是西方的“恢复性司法”或者“被害人与加害人运动”；其二，尤其引人注目的是，在学者的论述中，刑事和解的理论基础是西方恢复

性司法和刑事和解的所谓恢复正义理论、叙说理论与平衡理论，并几乎已成为通说。但对刑事和解的实践稍加观察便可发现，中国的刑事和解实践与此似乎并没有多大的关联。因为在原有的司法实践中也可以找到相似实践，只是未冠以“刑事和解”的名称，也未见任何制度化的痕迹。若要解释这些现象，有必要考察：在中国的传统司法实践中，“刑事和解”现象以何种形式发生？其制度与社会背景如何？其与今天热闹非凡的“刑事和解”实践有什么区别？中国的刑事和解根植于什么样的根基和原理？理论热潮是否真的支持或论证了刑事和解的实践？之后中国刑事和解制度的建构又将建立在何种理念和制度程序之上？进而，这种热潮究竟为什么发生？其背后的实际动因是什么？各个主体行动者都是出于什么样的利益动机和观念为这一热潮推波助澜？

一种制度的产生和积极推行总会引来众多理论争议。但是稍显不同的是，尽管“刑事和解热”一开始就相伴一部分质疑和争执，例如是否破坏法治的统一性，是否违反罪刑法定原则与法律面前人人平等原则，是否有“花钱买刑”的嫌疑，等等，然而，经验观察表明，制度化实践兴起之前，刑事和解实践在原有的刑事司法体系中仍然存在，而且可以在既有的制度中找到合法合理的基础。很有意思的是，在传统的刑事司法体系中，尽管存在制度基础和相关实践，但由于制度和话语的悖离等原因而从未被人提起，仿佛不存在一般。反而是在刑事和解的制度实践兴起之后，似乎才被作为“全新”的或“移植”的制度被人发现，引起了一系列的质疑和争论。

另外，无论是刑事和解的赞成者，还是质疑者，都持有十分接近甚至可以说是相同的理论前提：即刑事和解是对传统刑事司法的突破，它贯彻的理念和功能甚至从根本上颠覆了传统

刑事司法理念。而问题是：刑事和解的制度化是否会从根本上改变刑事司法制度？或者仅仅是对传统刑事司法制度的一种修正和补充？刑事和解是否与刑事司法的统一性甚至整个现代法治的普适性理念产生冲突？刑事和解到底改变了什么？

要回答这些问题，关键是对刑事和解的制度化趋势作出全面深入的解释，不仅包括制度、历史文化基础等方面的审视，更包括对制度化实践中的行动者、国家、话语等不同逻辑的分析。

第一，刑事和解在司法实践中逐渐尝试推行，并充分显示出制度化的趋势，但现在仍处在不断探索和试错的阶段，尚未成为统一的正式制度。尽管在刑罚轻缓化、恢复性司法等国际潮流中兴起，但通过深入观察过去的刑事司法实践，可以明确其并非从国外移植而来的制度或者中国司法机关超越法律的全新创制，而是有其制度基础存在的。制度基础是制度得以运行的直接前提，并且往往意味着它是制度形成的最表层的因素。依据如下：首先，迄今为止实务部门所进行的刑事和解尝试尽管并没有相应的明确的法律规定，但实际上仍然存在一些法律依据。其所涉及的制度主要包括：量刑裁量、刑事附带民事诉讼，刑事自诉和解或调解、交通肇事罪定罪量刑中的和解，治安案件协商调解等；其次，在传统的刑事司法实践中，刑事和解的实践以各种形式存在，可称之为司法惯习，可以视为刑事和解制度的原型，它是本土的，也是现实的，但从来都不是言明的；再次，自由裁量权是适用刑事和解的权力支持，而对于某些领域如检察官的起诉、法官的审判中法律明确赋予了一定的裁量权；最后一个重要的制度基础来自政策，既包括构建和谐社会等宏观政策，也包括宽严相济、刑罚轻缓化等刑事政策。

第二，在发达地区以及全国范围内全面推行刑事和解制度化实践之时，在内蒙古边疆的一个看似天高皇帝远的牧业地区，

也存在着刑事和解的制度化实践，即使单一且相对简单，却仍不失为一种刑事和解的地方性实践。此个案研究显示：牧区的刑事司法实践是民间习惯对正式司法制度产生影响的结果，是司法过程中逐渐形成的司法惯习，也有些则是民族地区司法政策的产物。从历史上看，刑事和解实践在正式的刑事司法中何时开始存在已无从判断，甚至可以推断，刑事和解实践早在正式司法制度确立之日起便已存在。而在当今的现实中，这一实践近年来呈现出日益增加并被纳入制度化的迹象，这既受到我国近年来兴起的刑事和解实践探索和制度化建设的影响，也是主流话语推动的结果。

第三，今天的刑事和解制度是一个独特的制度，它是在特殊的环境和基础之上产生并被制度化，在这个意义上它与历史上的任何一项非正式或正式制度都不尽相同，如以钱赎刑、或者民间的和解私了，甚至今天中国的刑事和解制度也与西方的恢复性司法和刑事和解制度不尽相同。从一方面来看，社会政治环境的不断变迁，使得过去的制度与今天的制度不可能同日而语，甚至在不同语境下使用的概念都是不可相提并论的；但在另一方面，历史总是一种迂回曲折的进程，不同历史语境下的事物之间又有着一定程度的延续性和关联性。尽管刑事和解在我国现有制度框架中有着一定的基础和空间。而制度基础只是一项制度或现象的直接原因，其背后隐藏着丰厚的历史文化基础。

如果说，关于刑事和解的制度化实践、制度基础、个案观察、历史文化探源等都是对于刑事和解制度化实践的描述，那么，关于刑事和解制度是如何形成的，需要另一种深刻的解释，而从国家与社会的抽象视角剥离出较具体的国家与行动者的二元视角，并采取行动者逻辑、国家逻辑与话语逻辑的三元解释框架不失为一种新的尝试。

首先，真正的制度创造者实际上是社会上的各个利益主体和行动者，历史就是在各个主体的行动中推进的。在各个主体行动的利益考量、相互博弈等过程中显示出制度运作的最为真实的生存逻辑，比如司法机关和司法官员会为了做到真正的案结事了，加害人为了获得轻判，被害人为了获得自己利益的最大化，甚至学者在学术利益与社会责任感的夹缝中采取的各种行动和呼吁，民众为了获得安全感或者道德感的宣泄，等等，都是一些在正式的话语实践或者表达中很少出现的东西。但恰恰是这些是制度赖以存在的真实基础，而且行动者逻辑作为对社会需求最直接的表现而决定着制度的产生和发展。因此，在每一个制度的产生和发展进程中，其各个利益主体的具体行动作为制度的推动力量，发挥着不可估量的作用，甚至可以说，制度就是在相关行动者的博弈中推进的。

其次，在刑事和解的各种实践以及制度化现象的背后，必定蕴含着某种国家治理逻辑，因为任何关于权力的让渡与收复都掌握在国家的无形之手中。在刑事和解的制度化实践中，虽然可以看到各个行动者出于各自的利益和动机参与进来，但归根到结离不开国家的掌控。在整个刑事司法体系中，惩罚是一个贯穿始终的主题，国家治理技术通过惩罚方式和技术来体现。而在刑事和解实践中，虽然在形式上舍弃了惩罚主题而彰显补偿与恢复理念，但实际上，刑事和解的运作归根结底依赖于惩罚权力。所以，刑事和解并没有在根本上颠覆传统刑事司法理念，而充其量是对其作出的一定程度上的修正和补充，使得国家惩罚的技术变得更为温和，从而也更加有效。

最后，关于刑事和解的制度化实践必然伴随着话语实践的正当化论证和对外表达，并反过来对其制度化实践发生着影响。在话语层面，当今中国官方主流话语及铺天盖地而来的西方恢

复性司法理念及话语给刑事和解的运作提供了强有力的支持，但这种关于刑事和解的话语实践又与传统法治及刑事司法话语产生了这样或那样的冲突。而这种冲突在实践层面表现得并不明显，如在我国原有的刑事司法实践中即有相关实践以惯习的形式存在，如今的制度化实践是对此的强化、扩大和明确化。因此可以说，传统刑事司法的实践与话语之间存在一定的悖离，当代的刑事司法实践关于刑事和解的实践与表达也是相悖离的，从而使得这种关于刑事和解制度的争议和冲突在话语层面更加突出。只有对实践与话语的因素重新剥离、重新组织，把真正实践层面的和合法化工具层面的东西区分开来，才能够了解，这些冲突和争议哪些根本不成为问题，哪些能够成为真正亟待解决的问题。

综上所述，法律是社会的产物，作为国家意志的法律规则和制度，必须反映社会实际需求和社会主体的主流价值观，并合理界分公权和私权，强制和任意，规制与自治，以及惩罚的范围、方式等，并分别用不同的方法和技术加以调节。在制度确立之后，一方面，执法者和社会主体等行动者都会在实践中，通过自己的行动使规则和制度转化为现实，并对其发生积极的影响；另一方面，随着社会经济文化的发展，社会新的需求和观念变化也会通过社会主体的行动、观念、意识及话语，对立法和制度的变迁产生推动作用。刑事和解作为当代社会的一种新的法律实践，清楚地显示出法与社会的这种互动关系，而我国近年来的刑事和解实践，既有我国刑事司法制度和司法政策的基础，又有传统文化和社会需求的作用，同时又与西方的新的司法理论和实践有某些共同理念和趋势。而在这些制度、政策、历史文化等基础的背后，隐藏着更为深层的逻辑：其各个行动者的行动逻辑是真正推动刑事和解的制度化实践的力量，

但归根结底，行动者的行动选择是在国家逻辑的阴影下进行的，国家逻辑与行动者逻辑表现出极大的不同，却在刑事和解的制度化进程中发挥了几乎殊途同归的作用。而刑事和解的话语层面，又显示出另一种不同的逻辑，这些再次说明了，制度的形成过程是错综复杂的，是众多必然和偶然因素综合作用的结果。那么，在面对刑事和解制度化进程中产生中各种争议和冲突，需要在不同层面上进行剥离和调节，对于有些实质上属于话语层面的冲突问题，可以在现有的法律框架、法律原则、法律理念中进行理论上的调适。

三、致谢

本书的出版得到了内蒙古自治区普通高等学校人文社会科学重点研究基地民族自治地方法制建设与社会发展研究基地项目的资助，同时也得到了内蒙古大学高层次人才科研启动项目的资助。在此一并表示感谢。

本书是在我的博士论文的基础上修改而成的。2007 年我进入中国人民大学法学院攻读法学理论专业的博士学位。每周五下午，导师范愉教授及其门下所有弟子聚集起来召开的例会至今历历在目，在这个例会上，我才开始学会如何与别人交流学术问题，确切地说学会了如何听别人的意见，并在其意见的基础上修正自己的观点和思想，或者通过听取别人的意见而使自己的观点更明白无误地表达出来。我的选题方向定下后，在例会上经过了无数次的讨论，几乎前期所有的观点和分析都经过范老师及几位师兄师姐的“批斗”。到后来，开题、初稿及最后定稿仍然离不开范老师严谨的批评与指点，以及各位师兄师姐的批评，他们是巫若枝、陈洪涛、彭小龙、刘臻荣、杨爱兵、陈群，以及李泽。因此，在本书出版之际，对他们致以真诚的

谢意，以及表达我对当年例会时光的无限怀念之情。

中国人民大学法理教研室的孙国华教授、吕世伦教授、朱景文教授、张志铭教授、朱力宇教授和史彤彪教授，他们从我论文的选题到答辩，都给予了我无私的指导和帮助。黄京平教授、王宗玉教授也在我论文的写作中给予了很多无私的帮助。在此还要感谢论文评阅和答辩的过程中给予过悉心指导的朱景文教授、史彤彪教授、黄京平教授，以及清华大学王晨光教授、中国政法大学刘金国教授、中央党校林喆教授、张恒山教授和封丽霞教授。

感谢在本书的写作和出版过程中给予过我无私帮助的挚友牛慧女士和李泽博士，这本书里，无疑也蕴含着她们的心血。

感谢内蒙古大学法学院以及丁文英院长始终给予我的支持和信任，没有这些，这本书也不会如此顺利地得以出版。

感谢在我调研的过程中给予过我热心帮助的很多实务界人士以及民间人士，有的甚至都不知道叫什么名字，没有他们的帮助，就不可能有本书的出版。

感谢中国政法大学出版社丁春晖先生，他对工作的热情与认真让我倍受感动。

此刻，丝毫没有我此前无数次想象过的轻松和愉快，而只是希望，能够站在初冬的草原上，听一听北风呼啸而过的声音。

萨其荣桂

2011年11月2日

目 录
CONTENTS

下 篇



导 论

中国人将在他们的社会生活中，运用他们的理性，寻求能够实现其利益最大化的解决各种纠纷和冲突的办法，并在此基础上在人们互动中逐步形成一套与他们的发展变化的社会生活相适应的规则体系。[1]

——苏力

一、问题的提出

法律是社会的产物，作为国家意志的法律规则和制度，必须反映社会实际需求和社会主体的主流价值观，并合理界分公权和私权，强制和任意，规制与自治，以及惩罚的范围、方式等，并分别用不同的方法和技术加以调节。在制度确立之后，一方面，执法者和社会主体等行动者都会在实践中，通过自己的行动使规则和制度转化为现实，并对其发生积极的影响；另一方面，随着社会经济文化的发展，社会的新的需求和观念变化也会通过社会主体的行动、观念、意识及话语，对立法和制度的变迁产生推动作用。刑事和解作为当代社会的一种新的法律实践，清楚地显示出法与社会的这种互动关系，而我国近年

〔1〕 苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社2004年版，第21页。

来的刑事和解实践，既有我国刑事司法制度和司法政策的基础，又有传统文化和社会需求的作用，同时又与西方的新的司法理论和实践有某些共同理念和趋势。而在这些制度、政策、历史文化等基础的背后，隐藏着更为深层的逻辑：其各个行动者的行动逻辑是真正推动刑事和解的制度化实践的力量，但归根结底，行动者的行动选择是在国家逻辑的阴影下进行的，国家逻辑与行动者逻辑表现出极大的不同，却在刑事和解的制度化进程中发挥了几乎殊途同归的作用。而刑事和解的话语层面，又显示出另一种不同的逻辑，这些再次说明了，制度的形成过程是错综复杂的，是众多必然和偶然因素综合作用的结果。

（一）刑事和解的制度化趋势

稍加关注近几年中国刑事和解的理论与实践状况便可发现，其发展可谓如火如荼。我国刑事和解的研究兴起不过短短几年，就快速增长为一个理论热点；伴随着这一研究热潮的盛行，是刑事和解实践在各地的迅速发展，从一些个别或局部的尝试，成为普遍推广的司法政策和司法改革措施，并初步形成了一些经验和模式。

2002 年，北京市朝阳区人民检察院制定了《轻伤害案件处理程序实施规则（试行）》，其中规定轻伤害案件可以适用刑事和解：“检察机关对于移送审查起诉的轻伤害案件，应当讯问犯罪嫌疑人，听取犯罪嫌疑人委托的人的意见。同时，检察人员应当告知犯罪嫌疑人如果和被害人达成和解，就可能被作出相对不起诉的处理决定。”2003 年，北京市政法委出台了《关于北京市政法机关办理轻伤害案件工作研讨会纪要》，其中规定：“对确因民间纠纷造成的轻伤害案件，犯罪嫌疑人、被告人的犯罪情节轻微，有悔罪表现，已全部或部分承担被害人医疗、误工等合理赔偿费用，被害人不要求追究其刑事责任，双方自愿

协商解决的，可由双方自行协商解决并达成书面赔偿协议。对此案件，在被害人向政法机关出具书面请求后，可以按照规定作出撤销案件、不起诉、免予刑事处罚或判处非监禁刑等从宽处理。”随后，刑事和解机制迅速扩展至北京市各区县的公、检、法机关。

与此同时，上海等地公安机关在积极尝试人民调解组织参与轻伤害案件的调解，并相继出台有关政策和规范性文件。2006年10月31日，湖南省人民检察机关正式实施《湖南省人民检察院关于检察机关适用刑事和解办理刑事案件的规定（试行）》。据报道，这是在全国范围内首次明确提出“刑事和解办理刑事案件”。截止到2011年7月，参与并试行刑事和解实践的地方已经覆盖了全国大部分省市，其相关部门相继发布了规范性文件，并在个案中加以适用。

这些规范性文件的发布伴随着众多具体个案的实践，这在各个媒体报道、各个司法机关科研机构的调研报告中随处可见。从上述情况来看，各个司法机关正在积极地实践刑事和解，说明正走向制度化的进程中。

制度的产生必然有它所依托的土壤和背景，尤其对于实践先行的刑事和解制度来说，它产生的社会需求是不言而喻的，但这必定给人们带来几点疑惑：在传统刑事司法体系中是否有进行刑事和解的空间？刑事和解制度是否是近几年才兴起的新型实践，在原有的刑事司法体系中，是否有相关实践？在某种意义上，刑事和解与私力救济具有家族相似性，即对当事人来说，都是在纠纷发生后，在双方意志的基础上自行解决纠纷。私力救济自古以来就存在，暂且不论公权力产生之前的古代社会了，就在产生了国家和法律之后，在不同程度上禁止私力救济的现代社会，私力救济也始终没有消失。就此可以推断，刑

事和解的需求肯定不是现在才产生的，只是在现在才被纳入公权力的视野中，并逐渐走向制度化，它必定是多种因素相互影响的结果，那么，这些因素是什么？

（二）理论与实践的高度契合

上文提到，刑事和解的制度实践伴随着理论热潮的高度响应，二者似乎显示出一种罕见的默契：理论在积极为刑事和解的制度建构出谋划策，而司法实务部门则在积极实践最新的司法理念和普适价值。

然而，在刑事和解的理论与实践热潮中，其理论和实践高度契合的背后，似乎存在着诸多矛盾之处。如在实践方面，通过各种媒体报道和对司法实践的观察来看，似乎“刑事和解”是一项全新的制度；在一些学者的观念中，这是一项移植过来的制度，其渊源乃西方“恢复性司法”的实践或者“被害人与加害人运动”。尤其在学者的论述中，刑事和解的理论基础乃西方恢复性司法和刑事和解的三个理论，即恢复正义理论、叙说理论与平衡理论，这几乎已成为通说。但对刑事和解的实践稍加观察便可发现，中国的刑事和解实践与此似乎并没有多大的关联，而且如果提到其渊源，此前的司法实践中也可以找到相似实践，只是没有冠之以“刑事和解”这样的名称，而且没有任何制度化的痕迹。那么，从这一矛盾现象出发，笔者的疑问便随之而来，如在中国的传统司法实践中，“和解”现象以什么形式发生，其制度和社会背景如何？与今天热闹非凡的“刑事和解”实践有什么区别？中国的刑事和解根植于什么样的根基和原理？理论热潮是否真的在支持和论证刑事和解的实践？中国刑事和解制度的建构又将建立在何种理念和制度程序之上？进而，这种热潮究竟为什么发生？其背后的实际动因是什么？各个主体行动者都是出于什么样的利益动机和观念为这一热潮

推波助澜？

（三）有关刑事和解的争论与质疑

一种制度的产生和积极推行总会引来众多理论争议。但是稍显不同的是，尽管“刑事和解热”一开始就伴有一部分质疑和争执，例如是否破坏法治的统一性，是否会破坏罪刑法定原则，是否不利于法律面前人人平等，是否具有“花钱买刑”的嫌疑，等等，但与热烈推行和积极探索的热潮相比，此类不同声音微乎其微。然而，一些经验观察表明，在制度化实践兴起之前，刑事和解实践在原有的刑事司法体系中仍然以某种形式存在，而且可以在既有的制度中找到合法合理的基础，但由于制度和话语的背离等原因而从未被人提起。那么如上所述，刑事和解的制度实践兴起之后，反而陷入了某些困境，这些问题的根源在哪里？

另外，无论是刑事和解的赞成者，还是质疑者，都持有十分接近甚至可以说是相同的理论前提：即刑事和解是对传统刑事司法的突破，它贯彻的理念和功能甚至从根本上颠覆了传统刑事司法理念。那么问题是：刑事和解的制度化是否会从根本上改变刑事司法制度？或者仅仅是对传统刑事司法制度的一种修正和补充？刑事和解是否与刑事司法的统一性甚至整个现代法治的普适性理念产生冲突？

如此一来，这些问题最后可以集中于一个核心命题，即随着社会变迁，法律制度如何调整自己而应对千变万化的社会现实？进而，现代化的法治实践应如何面对刑事和解的制度化问题，中国刑事和解制度又将建立在何种理念和制度程序之上？

因此，本研究并不是对刑事和解的制度化进行的正当化论证，更不是站在法律价值的秤杆旁注视刑事和解制度的价值，而是站在刑事和解热潮的风口浪尖上观察这一法律现象的原委，并尽其

所能客观地描述出这一现象，从而在此基础上回答上述问题。

这是一个法治的时代，但法治绝不意味着整齐划一，而在建构多元化纠纷解决机制的今天，刑事法律因其自身的特质，使得刑事和解的不确定性似乎与这一理念保持着距离。所以，刑事和解的制度化既然已成为时间问题，法律（包括立法与司法）对这一变化的应对就是一个关键问题，面对传统的罪刑法定原则、罪刑相适应原则、法律的确定性和普适性的追求，法律和司法作出了哪些回应，以及应作出什么样的回应，或者修正？

二、研究对象与研究方法

一般情况下，正式提出并力图要回答的问题恰恰决定了研究的对象与方法。本研究力图回答的核心问题是随着社会变迁，（刑事）法律制度如何调整自己而应对千变万化的社会现实，具体而言，即如何应对刑事和解的制度化趋势的问题。①这首先决定了本研究一定要建立在对刑事和解的实践进行经验层面的观察和分析的基础上。所以，中国现阶段的刑事和解实践是本书首要的研究对象。②由于要探究在中国的这个时代为什么会形成刑事和解制度，所以影响和促进刑事和解制度化进程的几个因素也是本书重要的研究对象。本书将影响和促进刑事和解制度化进程的因素划分为制度基础、行动者逻辑、话语逻辑与国家惩罚权力的逻辑等几项。③本书除了司法实践中的和解实践以及制度化实践，还包括与之紧密相连甚至家族相似的相关制度，如复仇制度、赔偿制度、民间的私力救济、司法领域的相关惯习等。

本书欲研究的问题和研究对象决定了本书所采用的研究方法：①法社会学的经验研究正是本研究采用的一个重要方法。在对刑事和解的制度化实践进行考察时，需要采用法社会学的

经验研究方法观察和描述，并辅之以理论分析进行解释。②在上述社会学意义上的问题的基础上，所引申出的另一个问题是，法律应如何应对已经变化了的社会现实，刑事和解制度应在何种理念之上如何进行制度建构。针对这一问题，要在经验描述的基础上辅之以较抽象的理论分析。③整体观察与局部观察相结合。本书在对全国刑事和解实践进行观察的同时，辅之以对特殊地区的局部观察，力图对刑事和解的制度化现象作出一个全方位的把握。④整体分析与个案分析相结合。在运用大量实证资料的基础上，对刑事和解的状况和要素作出整体研究，并对一些理论问题，在对典型个案的分析和研究的基础上作出论述。

三、相关概念的使用与界定

（一）刑事和解的概念与类型

刑事和解，作为一个制度性概念，最早出现在20世纪的北美和欧洲。20世纪70年代末，在美国和加拿大的刑事司法实践中，出现了一种“被害人与加害人的和解计划”（victim-offender-reconciliation，简称VOR），即在专门调解人的主持下，由被害人和加害人面对面地接触，就犯罪事实和后果进行交流和沟通，并在此基础上积极实现赔偿，恢复双方关系。到了80年代中期，欧洲也出现了很多类似的计划，甚至发展更快。[1] 然而，尽管基本理念和目标很相似，但各国对于刑事和解，尚没有形

〔1〕 直到今天，美国大约有了125个被害人与加害人和解计划，加拿大达30个，挪威甚至达到54个；范围涉及了德国、法国、芬兰、苏格兰、英格兰、比利时、奥地利等国家和地区。参见［美］博西格诺等：《法律之门》，邓子滨译，华夏出版社2002年版，第21章。

成完全统一的模式和概念。而这一概念直到前些年才被中国学者所引介，对各国刑事和解进行观察和总结后，得出一个较全面概括的概念表述：

刑事和解，又称加害人与被害者的和解，是指在犯罪后，经由调停人，使加害者和被害者直接相谈、协商，解决纠纷冲突。其目的是恢复加害人和被害者的和睦关系，并使罪犯改过自新，复归社会。刑事和解的思想渊源最早可追溯至原始社会的私人分割赔偿，但作为一种刑事思潮和理论，它发端于20世纪中叶，是西方国家新的刑事思潮和法律价值观变化的产物。[1]

从2003年起，中国司法机关也掀起了一场关于刑事和解的制度建设，而基于中国特有的制度、社会、司法等环境，呈现出与西方国家刑事和解不尽相同的特征。因为刑事和解实践在中国本土并非全新的创制，也并非从西方国家直接引进，其在原有的刑事司法实践中就有着相关实践，只是一直没有作为一项制度和概念明确提出过。如今在全国范围内推行的刑事和解制度化实践与此既有联系又有着很大区别。由于刑事和解尚没有作为正式制度在立法和法律制度中得以确立，因而也没有相应的制度性概念，所以现有的刑事和解概念大都是学者从中国现有的刑事和解实践状况总结出来的，比较典型的如：

刑事和解是指在刑事诉讼程序运作过程中，加害人以认罪、赔偿、道歉等方式取得被害人谅解并达成协议之后，国家专门

[1] 刘凌梅："西方国家刑事和解理论与实践介评"，载《现代法学》2001年第1期。

> 机关不再继续追诉程序，或者对其作出从轻处罚的一种案件处理方式。刑事和解不是当事人直接处分案件的刑事部分，而是当事人在达成和解协议、被害人表示原谅加害人的基础上，办案机关根据案件情况作出处理，案件刑事部分的处理权仍由办案机关行使。[1]

这一表述可以说是对我国现阶段刑事和解实践的比较客观的写照。笔者根据对较普遍的刑事和解概念的观察和总结，认为这一概念的基本要素包括：①加害人的悔过方式，包括认罪、赔偿、道歉；②达成和解后的处理方式，包括国家专门机关不再继续追诉程序，或者对其作出从轻处罚；③刑事和解并不是对刑事部分的直接处分；④刑事部分的处理权仍由办案机关行使。

尽管在学界，关于刑事和解的概念有其他不同的理解，但归纳起来，其强调的几个基本要素如下：①和解性。仅从字面上就可以看到刑事和解制度的“和解”要素。这种和解性与整个刑事诉讼的犯罪与惩罚，以及对抗主题不一样，讲求的是加害人与被害人之间的对话协商，乃至和解。②加害人的认罪、悔过、赔偿。对于赔偿，虽然部分人主张刑事和解并不是以赔偿作为必要条件，但从实际情况来看，加害人只能通过积极赔偿来向被害人表达悔过之心，所以大部分人还是将加害人的积极赔偿作为刑事和解中的一个要素。③和解是对民事部分的和解，而不是对刑事部分的和解，而办案机关在民事部分和解的基础上作出刑事部分的处理决定。这个特征恰恰是与民事和解

---

〔1〕 宋英辉、袁金彪主编：《我国刑事和解的理论与实践》，北京大学出版社2009年版，第35页。

的根本区别所在，也是与民间私力救济、“私了”等的区别所在。④自愿性。是否采用刑事和解，是否达成和解，都基于当事人的自愿，而不具有强制性。

本研究采用的刑事和解概念，首先考虑到其相对科学性和普遍性，其次即为所研究的内容和逻辑服务，尽量采用法社会学意义上的描述性概念，尽量与历史上的及原有刑事司法体系中的相似实践区分开来。所以，为了强调这一制度的特殊性和特有性，对刑事和解的概念作了一个较为严格的限定，即特指中国近年来兴起的制度化实践，而对历史上的相似制度尽量使用当时的名称，如保辜制度、刑事案件的调处制度等，对原有刑事案件中的调解、和解现象，根据其没有明确的法律规定和名称但有相应做法的现象，称之为“作为司法惯习的刑事和解实践”或者“刑事和解惯习”。

关于刑事和解的类型，界定如下：①根据在现行法律框架内是否具有制度空间，可划分为制度内的刑事和解和制度外的刑事和解。②根据是否具有制度性因素，可划分为作为司法惯习的刑事和解和制度化的刑事和解。③根据所涉及犯罪的轻重程度，可划分为轻罪的刑事和解和重罪的刑事和解。在目前的学界与实务界，对于轻罪的刑事和解基本达成共识，对其并没有太多的分歧和争议，但对重罪的刑事和解则存在各种不同声音。④根据主持的机关，可分为公安和解、检察和解与审判和解。

（二）刑事和解的制度化实践：概念与类型

一般来说，制度是指某种行为模式的常规化、规则化、正式化。那么，制度化就是指原本还没有常规化、规则化和正式化的行为或现象越来越走向规范化的过程。从字面上讲，“化”是动词，即意味着一个连续的、动态的变迁过程，正如亨廷顿

所说："制度化是组织与程序获得价值和稳定性的过程"[1]。换言之，"制度化是社会行动和社会关系的规则化，它包括一套交往规范，价值标准，角色的固化、实体化，是社会关系的比较稳定的和持续性的组合。"[2]

因此，刑事和解的制度化，是指在刑事诉讼中刑事和解这一做法从个别、非常规性的、非正式的做法逐渐发展为普遍的、持续性的、稳定性做法的过程和趋势。刑事和解的制度化实践相对于传统刑事司法领域中的司法惯习而言，是指近年来由司法机关推进的一种建构尝试，带有一定创新性和探索性的，将对传统刑事司法领域中司法惯习等经过改造，赋予新的内容、方式和意义，而使之形成普遍制度的一种尝试和努力。

至于刑事和解的制度化实践，也包括两种不同情况：

（1）对传统刑事司法中本身存在的刑事和解实践，即作为司法惯习的刑事和解实践予以规范、吸收并赋予新的意义的尝试和实践。换言之，这是一种将原本在现行法律框架和制度内就有生存空间的实践予以明确和规范化。这种情况占当今刑事和解制度化实践的绝大多数。如轻伤害案件的刑事和解、交通肇事案件的刑事和解等。

（2）将原本在制度之外的实践纳入司法场域中，比如在重伤害案件、重罪案件中适用刑事和解，并在和解的基础上作出超出法律框架的处理。这是现在关于刑事和解争议最为激烈的部分。这一部分的刑事和解不但遭受到来自法律框架的限制，

---

〔1〕［美］塞缪尔·亨廷顿：《变革社会中的政治秩序》，李盛平等译，华夏出版社1988年版，第12页。

〔2〕李金："中国转型过程中的制度推进：显性制度化与隐性制度化"，载《探索》2001年第1期。

更遭受到来自各界对其公正性、严肃性的质疑。

（三）司法惯习

下面的研究将会表明，在传统刑事司法领域中，刑事和解实践大量存在，并且有时会对刑事案件的处理产生某种程度的影响。2001年以前，这种实践没有明确的表述，也没有明确的法律依据，但在刑事裁量权、交通肇事案的处理方式、起诉裁量、量刑裁量等法律制度中能够找到其生存空间和合法性。可以说，这种实践是在司法惯习的意义上存在的。

这里的司法惯习，参照并采用了布迪厄（Bourdieu）意义上的惯习理论。在布迪厄看来，“场域”是一种客观的关系系统，但在场域里活动的行动者并非是一个一个的“物质粒子”，而是有知觉、有意识、有精神属性的人；场域不是一个“冰凉”的“物质小世界”，每个场域都有属于自己的“性情倾向系统”——惯习（habitus）。[1] 按照这一理论，在司法场域中一些未明确言明的做法和规范性操作，反映出司法场域中的各个主体的风格、性情及具体情境，这是一个既相对稳定的、又不断变迁的动态系统，可以称之为“司法惯习”。另外，司法惯习还有一种自下而上的无意识状态。

具体地说，制度化的刑事和解与作为司法惯习的刑事和解，二者的区别在于：制度化的刑事和解是明确的、相对具有确定性的，而作为司法惯习的刑事和解实践是在法律上未言明的、相对不确定的，但对场域中的主体而言，也是一种既相对稳定的、又不断变迁的实践系统。

那么，除了制度化的刑事和解和作为司法惯习的刑事和解

---

〔1〕 关于布迪厄的场域理论，可参看［法］布迪厄：“法律的力量——迈向司法场域的社会学”，载《北大法律评论》（第2卷第2辑），法律出版社2000年版。

之外，有一种纯粹制度外的样式，即民间的私力救济、私了等，并且是其中和解性（赔偿性）私力救济的部分。这三者之间有着诸多微妙的联系，甚至不能将其截然区分开来。如今的多数研究，都是对近年来的新近制度化实践所做的观察和分析，其表明了很多地方正在积极探索刑事和解制度，但因缺少统一的规范和依据而使各地的做法不一致。此外有一点值得注意，即现在的刑事和解实践吸收了很多国外恢复性司法与刑事和解的理念和具体做法，似乎对传统的刑事司法产生了很大的突破，甚至给人带来刑事和解制度是从国外引进的印象。但对基层的实践稍作观察便可知道，相似的实践一直以来都存在，并且具有合法的制度空间，区别在于现今的刑事和解探索力度更大，旗帜鲜明、话语明确，甚至有一部分在超越法律的质疑声中探索前行。

四、理论前提

研究某一问题必然有一个或多个理论出发点，这表明了研究者的基本立场和方向，而且研究者对欲解决的问题的发现和决定研究的过程也与这些理论前提密切相关。值得注意的是，其与理论预设或前见不同，后者意味着对将要研究并解决的问题，甚至是研究结论的一个预设性或者假设性的判断。二者在某种意义上也是密切相关的，因为研究的出发点和立场往往决定着所得结论的样式或方向。

（一）法与社会的互动

这个理论预设既与本研究力图回答的问题有关，也与本书采取的视角有关。本书力图回答的是，在社会变迁中，（刑事）法律如何应对新的制度化趋势的问题，它更多的是一个实然命题，从而也是一个社会学的命题。本研究秉承弗里德曼（Fried-

man）式的“在法律中观察和理解社会，又在社会的大框架中来解释法律”[1] 这样的进路和模式。法律从来都不是孤立存在的，它在社会中产生并在社会中运作，受到社会方方面面条件的制约或者促进。刑事和解作为脱胎于民间私力救济的制度形式，即一方面是在社会中产生并在国家司法领域中被塑造和影响的；另一方面，这些制度的真实运作和影响因素，个案的发生和解决也都是在纷繁复杂的社会中进行的。

社会需求决定司法制度的形成及其样式。社会环境对司法运作以及法的实施产生深刻的影响。既定的司法制度和司法程序，在实际运作及司法实践过程中同样不能脱离具体的社会环境：社会从各个方面对司法的运作发生积极或消极的影响和作用。同时，司法活动必须与其他社会规范和社会调整机制相互协调。司法在独立运作的同时，不能完全脱离其他社会规范和社会机制的支持，否则既不可能有效地解决所有纠纷，也很难满足不同社会主体的需要。[2]

（二）制度与话语的互动

制度与话语的互动实际上是法与社会互动的另一个角度，实践可分为制度实践与话语的实践，二者是相辅相成的。多数情况下人们容易看到制度产生和运作的制度与社会因素，但比较容易忽略其话语因素。实际上，一项制度的产生除了制度因

---

〔1〕［美］弗里德曼：《法律制度》，李琼英、林欣译，中国政法大学出版社2004年版，代译序。

〔2〕范愉：《纠纷解决的理论与实践》，清华大学出版社2007年版，第118页。

素（包括政治和法律制度背景）和社会因素之外，还有一个很重要的因素，即话语。话语作为象征性产品，[1] 象征的是一种支配力量，它由不同场域生产，而从权力场域生产出的话语最为权威，它可以支配其他场域中的主体和行动。但话语又是一个极为模糊和抽象的东西，在现实中包含了多种可能性，从而也能够成为制度和行动的正当化工具，并对事物产生合法化的话语建构的作用。

> 合法语言在社会中是普遍存在的，在这种社会普遍存在性中，有一种固有的一词多义的情形；这种一词多义含有多种可能性，通过对这些可能性加以利用，宗教与政治便获得了其最为成功的意识形态的效果。[2]

所以，从这一角度看来，制度的产生和运行也会受到话语因素的影响，话语既可以为制度的运作提供正当化论证，也可以为制度的运作制造障碍。当然，话语也不是独立的，它的存续和变迁取决于其所处的时代及其整体社会状况。

（三）行动者逻辑、国家逻辑、话语逻辑的交错与互动

刑事和解实践之所以在现行法律制度框架内得以运行，除了部分司法机关和司法官员超越法律的行动之外，必定具有一定的制度基础。刑事和解的制度基础是制度得以运行的直接前提，并且往往意味着它是制度形成的最表层的因素。

---

〔1〕 布尔迪厄认为，语言仅代表了一种权威，并把它象征化了。参见［法］皮埃尔·布尔迪厄：《言语意味着什么——语言交换的经济》，褚思真、刘晖译，商务印书馆2006年版，第85～96页。

〔2〕［法］皮埃尔·布尔迪厄：《言语意味着什么——语言交换的经济》，褚思真、刘晖译，商务印书馆2006年版，第10页。

真正的制度创造者实际上是社会上的各个利益主体和行动者，历史就是在各个主体的行动中推进的。在各个主体行动的利益考量、相互博弈等过程中显示出制度运作的最为真实的生存逻辑，比如司法机关和司法官员会为了做到真正的案结事了，加害人表达自己的忏悔而为了获得轻判，被害人为了获得自己利益的最大化，甚至学者在学术利益与社会责任感的夹缝中采取的各种行动和呼吁，民众为了获得安全感或者道德感的宣泄，等等，都是一些在正式的话语实践或者表达中很少出现的东西，但恰恰这些，正是制度赖以存在的真实基础，而且行动者逻辑作为对社会需求最直接的表现而决定着制度的产生和发展。

话语逻辑实际上是与实践逻辑形成了一个问题的两面。行动者逻辑在某种意义上就是实践的逻辑，所以关于刑事和解的制度实践必然伴随着话语实践的正当化论证和对外表达，并反过来也对其制度实践发生着影响。

而在这一切的背后，必定存在着国家惩罚权力的让渡或者认可的事实，因为惩罚不但是贯穿了整个刑事司法体系的主题，也是国家权力技术的重要内容，刑事和解作为在刑事司法体系也即在惩罚逻辑中发生的制度性事实，与惩罚有着密切的关联，因而也受着国家惩罚权力的支配。而刑事和解的惩罚逻辑也作为制度发生的政治性因素而对刑事和解的产生和发展产生着重大的影响和作用。

五、以往研究综述

近年来，我国法学界关于恢复性司法和刑事和解的学术研究相当活跃。从其发展过程来看，可将 2001 年至 2006 年初作为第一阶段，研究内容以介绍西方的刑事和解、恢复性司法以及辩诉交易等的理论与实践为主，起到了为刑事和解提供正当性

依据或启蒙的作用。这一阶段时间跨度大，但研究进展缓慢，成果不多。第二阶段大致从2006年至2007年，逐渐成为热点，研究成果迅速增多，重点是通过正当性和制度建构研究，为蓬勃开展的刑事和解实践提供理论依据和规范。第三阶段大致从2008年至今，重点转向对刑事和解的实践（做法、经验、问题和效果等）进行实证研究，更加关注刑事和解的实际运作、制度建构以及经验和问题的总结，并与当前宽严相济的刑事司法政策形成呼应。当然，上述阶段划分实际上并没有截然分明的界限，在一定程度上是交叉重叠的，但大致反映了刑事和解研究的发展过程。本书首先对迄今为止的理论研究方法、观点等进行简要的归纳和综述，在此基础上提出刑事和解的基本理论框架。

（一）研究范式及方法

“范式”的概念最早由美国的科学哲学家托马斯·塞缪尔·库恩（Thomas Samuel Kuhn）确立，其主要含义不是一种方法，而是一个科学共同体所共有的东西，其包括三种群体认知运作的根本成分：符号概括、模型、范例，另外还包括规则。[1] 范式是一个科学共同体所共有的理论背景、框架、传统、共同的信念、方法，并具有层次性。运用这一概念，可以对我国刑事和解研究的几种研究范式作出以下归纳：

1. 对策研究范式。对策研究指站在立法决策者的立场上，探讨制度在中国建立的相关问题，试图为立法提供参考甚至指

---

〔1〕 最初，库恩是在分析科学的结构和科学革命的进程中提出“范式”这一概念的，后来逐渐运用到社会科学研究中。参见［美］托马斯·库恩：《科学革命的结构》，李宝恒译，上海科学技术出版社1980年版，第Ⅱ章；以及［美］托马斯·库恩：《必要的张力》，范岱年、纪树立等译，北京大学出版社2004年版，第290、294页。

导意见。[1] 由于刑事和解在中国刑事司法实践中刚刚开始探索进行，这是刑事和解的对策研究范式产生并普遍风行的大背景，这一部分研究往往与司法机关的实践和实务有密切的联系。

2. 价值研究范式。随着西方国家关于刑事和解的理论与实践被大量介绍到国内，很多学者纷纷开始讨论刑事和解的价值问题，即关注刑事和解本身的价值，在中国建构刑事和解制度是否有价值，具有哪些价值和意义等。价值研究范式明确地表明其价值选择及立场，一切探索的出发点也在于价值问题，并占据了刑事和解研究的很大比重，表明法律界对普适性原理的偏好及刑事和解正当性的关注。

3. 法学研究范式。法学研究范式注重法律规则和制度，例如，站在规则的立场上，考察新确立的或正在确立的规则是否与旧有的规则产生冲突，如果有冲突，应该以什么方法来解决，是在现有的制度框架内就足矣，还是适当改变旧有的制度和规则，等等。

4. 社会科学研究范式。研究者借用各种社会科学方法和理念对刑事和解的功能、社会需求、当事人、社会基础、成本效益等展开研究，主要包括：

（1）文化范式。文化范式与价值研究范式对普适性价值的偏好形成鲜明对照，注重从中国的传统文化中寻找刑事和解的根源，如“和谐”精神、“和合”理念等。而从历史上看，民间社会中的“私了”，一些少数民族的“赔命金”习俗，都属于刑事和解的民间形式，或者可以说是刑事和解的制度渊源。这一范式的特点是从文化和观念中，分析刑事和解在当代中国

---

〔1〕 陈瑞华：“刑事诉讼法学研究方法的反思”，载《政法论坛》2005 年第 3 期。

的正当性与必要性，或者充分利用传统文化资源构建当代中国的刑事和解制度。

（2）功能分析范式。功能分析范式撇开对刑事和解进行价值衡量，以及对刑事和解制度建立的正当性、必要性等探讨，直接将刑事和解作为一个既存的事物来对待，对其进行实际功能方面的研究。注重运用法社会学的研究方法，实证性描述和研究运行中的法律制度，以及与法律相关的制度，不论其是否刚刚建立起来或者是尚未制度化的准制度。其中一种重要观点，就是将刑事和解作为纠纷解决的一种方式或功能进行研究，打破了传统的刑事司法观念——刑事案件是国家与犯罪人之间的冲突。如陈瑞华即主张将刑事和解作为一个生命有机体来研究，而不管其预设的价值和建构的动因如何，也不论是否已经制度化。[1]

（3）经济分析范式。经济分析范式将刑事和解的建构和运行置于经济分析的框架之中，注重考察刑事和解是否可以提高刑事司法的效率，如是否在时间上降低了成本，是否节约了司法的物质和人力成本，也可以从当事人的角度考察是否可以节约诉讼成本，是否能够带来更多的利益，等等。

经济分析范式从个体即程序参与者的微观视角上展开分析，也可以称之为理性选择范式，认为每个个体都是理性经济人，可作出理性的选择，使个体利益达到最大化。具体到刑事和解，在制度允许的框架内，当事人是否作出刑事和解的选择，要看当事人是否在和解中获得最大化的利益。理性选择范式既可以预测行为的结果，也可以测量制度的效果。博弈论分析，也可

---

〔1〕 陈瑞华："刑事诉讼的私力合作模式——刑事和解在中国的兴起"，载《中国法学》2006 年第 5 期。

归入理性选择范式的一种。[1]

（4）实证分析范式。实证分析范式运用法社会学中的实证分析方法对适用刑事和解方式处理刑事案件的地区、机关进行实证调研和统计，对刑事和解在实践中的运行状况、存在的问题等进行考察，并在此基础上提出建构完善刑事和解制度的建议和意见。

（二）理论观点综述

除实证研究和对策研究之外，有关理论研究主要围绕着以下问题展开：

1. 刑事和解的概念。马静华对于刑事和解制度的概念作了如下表述：刑事和解，也称被害人与加害人的和解、被害人与加害人会议、当事人调停或者恢复正义会商。它的基本内涵是在犯罪发生后，经由调停人（通常是一名社会志愿人员）的帮助，使被害人与加害人直接商谈、解决刑事纠纷，其目的是为了恢复被加害人所破坏的社会关系、弥补被害人所受到的伤害，以及恢复加害人与被害人之间的和睦关系，并使加害人改过自新、复归社会。[2] 这一概念是作者在介绍西方国家刑事和解理论与实践时作出的界定，被后来很多学者直接采用。

随着理论和实践的发展，一些学者提出了更具有中国实务特色的概念："刑事和解是指在刑事诉讼程序运作过程中，加害人以认罪、赔偿、道歉等方式取得被害人谅解并达成协议之后，国家专门机关不再继续追诉程序，或者对其作出从轻处罚的一种案件处理方式。刑事和解不是当事人直接处分案件的刑事部分，而是当事人在达成和解协议、被害人表示原谅加害人的基

〔1〕 刘军："刑事和解的博弈论视角"，载《山东大学学报》2008 年第 2 期。
〔2〕 马静华："刑事和解制度论纲"，载《政治与法律》2003 年第 4 期。

础上，办案机关根据案件情况作出处理，案件刑事部分的处理权仍由办案机关行使。”[1] 这一表述可以说是对当今中国刑事和解实践的最完整、客观的写照。不足之处是，这一概念难免会将很多现行制度无法涵盖的相关实践和制度创新排除在外。

此外，还有一种最宽泛的概念，将刑事诉讼过程中只要具有和解和调解因素的实践均纳入到刑事和解范畴中。但这一概念外延过大，有可能缺少限制，容易将潜规则、非正式做法和各种尝试与正式制度相混淆。

2. 刑事和解的理论基础。刑事和解理论研究初期，多数学者注重从普适性角度寻找其理论基础，认为刑事和解首先是在西方兴起的，其理论基础包括恢复正义理论、平衡理论和叙说理论。此外，还提出其他几种理论。

（1）恢复正义理论，由西方学者约翰·R. 戈姆（John R. Gehm）率先提出，其基本内容是：首先，犯罪不仅是对法律的违反、对政府权威的侵犯，更是对被害人、社会甚至犯罪人自己的伤害；其次，刑事司法程序应有助于对这些伤害的弥补；最后，恢复正义理论反对政府对犯罪行为的社会回应方面的权力独占，提倡被害人和社会对司法权的参与。恢复性（修复性）司法的概念，据称由美国学者巴内特（Barnett）于 1977 年首次提出，其实践基础正是刑事和解的尝试。我国学者指出：与报应主义所追求的有限平衡不同，恢复正义所追求的是全面平衡；对被害人而言，修复物质的损害、治疗受到创伤的心理，使财产利益和精神利益恢复旧有的平衡；对加害人而言，向被害人、社会承认过错并承担责任，在确保社会安全价值的前提下交出

[1] 宋英辉、袁金彪主编：《我国刑事和解的理论与实践》，北京大学出版社 2009 年版，第 35 页。

不当利益从而恢复过去的平衡；对社会而言，受到破坏的社会关系得到了被害人与加害人的共同修复，从而恢复了社会关系的稳定与平衡；在兼顾个人价值与公共价值的刑事司法背景中，报应正义与恢复正义都是不可缺少的价值范畴，它们构成刑事正义的正反两面。恢复正义构成了当今西方刑事和解最重要的理论基础。两者之间的辩证关系为，恢复正义是目标、刑事和解是途径。作为恢复正义最重要的司法形式，刑事和解最大限度地体现了恢复正义的具体要求。[1]

（2）平衡理论，也是由约翰·R. 戈姆提出的，以被害人在任何情况下对何为公平、何为正义的合理期待的相对朴素的观念为前提。当先天的平等和公正的游戏规则被加害人破坏时，被害人倾向于选择成本最小的策略技术来恢复过去的平衡。平衡与恢复是被害人希望达到的目的，而成本计算则是其选择刑事和解的根本原因。相对于繁琐冗长、命运不定的刑事诉讼过程，刑事和解给被害人提供了一种与加害人直接会商处理冲突的机会，至少节约了时间耗费的成本；通过与加害人就犯罪行为及其影响而进行的交谈，被害人得到了传统诉讼程序中无法满足的心灵的平复，并大大降低了加害人对他们再次侵犯的可能，由此减少了心理成本；赔偿协议的达成及其较高的履行率也有效地减少了经济的成本。[2]

（3）叙说理论，来源于心理学原理，即弗洛伊德（Freud）的“自由联想”（free association），后被约翰·R. 戈姆吸收到法学理论中。叙说理论认为，被害人的被害不是一种偶然的事件，

---

〔1〕 参见马静华：“刑事和解制度论纲”，载《政治与法律》2003年第4期；刘凌梅：“西方国家刑事和解理论与实践介评”，载《现代法学》2001年第1期。

〔2〕 参见马静华：“刑事和解制度论纲”，载《政治与法律》2003年第4期。

而是一个应由加害人负责的侵犯；在一个最应对此负责的人的面前重构事件的经过具有重要的意义。于是，被害叙说超越了联想叙说的单方语境，而成了被害人与加害人双方的互动过程。在这种模式下，加害人的作用就是通过与被害人一起分析犯罪故事的情节、人物和主题来实现对故事的共同重构。其意义不在于故事内容本身，而在于叙说的过程、在于叙说者与受众之间的共鸣。加害人再次所扮演的也不是一个单纯的故事补充者的角色，且还充当了被害情感的最佳发泄对象。[1] 现代刑事和解的一个核心理念即要求加害人与被害人通过叙说和倾听达到相互谅解，这正与叙说理论的预期效果相吻合，或者可以说二者所欲达至的目标是一致的。

（4）主体性理论，即哲学理论经诉讼法学吸收后引申为司法主体性理念、程序主体性原则、当事人主体性原则等。主体性原则要求在强调和保护被告人主体地位的同时也要重视和保护被害人的主体地位。但在很长一段时间内，被害人不但在诉讼中的主体地位受到了忽视，而且也不能为了自己的利益与加害人达成和解。这一状态一直持续到二战以后才得以改观。“在权利意识深入人心的今天，给私人权利更大的空间不仅是广大民众的基本要求，也逐渐成为政府制定、调整多项制度的基本导向之一。在这种背景下，我国刑事诉讼制度中原有的公诉与自诉范围的划分已经不能满足现实的需求，赋予公民更多的纠纷解决自主权，扩大私人权利在刑事诉讼中的行使范围是我国现阶段的一种现实需求。”[2]

---

〔1〕 参见马静华：“刑事和解制度论纲”，载《政治与法律》2003 年第 4 期。

〔2〕 陈光中、葛琳：“刑事和解的理论依据与适用构想”，载黄京平、甄贞主编：《和谐社会语境下的刑事和解》，清华大学出版社 2007 年版，第 18 页。

（5）人道主义，即要求善待每一个人，尊重每一个人的权利和尊严。落实在刑事司法中，则在于强调弱者的平等权，它所要求的主要是善待越轨者、犯罪人和罪犯。刑事和解是人道主义在刑事司法领域中的体现：从被告人的角度出发，让被告人对自己的行为负责并承担责任，是对其人格尊严的尊重；从被害人的角度出发，获得参与诉讼程序的机会，并由自己决定得到经济补偿，也是对其主体性和人格尊严的尊重。

（6）公权力的有限代理理论，认为“尽管在公诉模式下，犯罪被视为对国家利益和公共秩序的侵犯，而不单单是对被害人的侵犯，但无疑首先是对被害人的侵犯，因此并不能否认公诉模式下私权利存在的正当性，而应该为其留有充分的实现空间。这就是公权力的有限代理理论。也就是说，在有被害人的公诉犯罪中，国家和被害人其实是成立一种代理关系，这种代理关系并不是一种完全代理，而是一种有限的非完全代理”。[1]

（7）刑法的谦抑理论，是20世纪30年代日本学者宫本英修对罗马法上“法官不问细事”之法谚理念的翻译，也称为刑法的“谦抑性”或“自我抑制”，是指“由于作为刑法效果的刑罚会施加剥夺生命、自由等最严峻的制裁，因此不应以一切违法行为为对象，而应以认为特别需要处罚的情形为限而适用”。[2] 刑法的谦抑性包括犯罪范围的谦抑性和刑罚限度的谦抑性，表现为非犯罪化、非刑罚化、刑罚轻缓化等刑事政策。

（8）“控制成本”理论，来源于经济分析法学，主张合理

---

〔1〕 刘兰秋：“刑事和解制度化的世界性趋势及理论基础”，载黄京平、甄贞主编：《和谐社会语境下的刑事和解》，清华大学出版社2007年版，第58～60页。

〔2〕 刘兰秋：“刑事和解制度化的世界性趋势及理论基础”，载黄京平、甄贞主编：《和谐社会语境下的刑事和解》，清华大学出版社2007年版。

分配和运用有限的司法资源，以最低的成本，达到最佳的目标。起诉便宜主义便是其具体表现。[1] 有的犯罪嫌疑人、被告人通过刑事和解来实现不再受到刑事追诉的目的，从国家和司法机关的角度来说，相比走完整个司法程序的成本要低得多，这也是控制成本理论成为刑事和解理论基础的原因所在。

（9）自由契约主义，认为刑事惩罚权长期为国家所垄断，被害人作为当然的当事人应当拥有的选择追诉与否的权利被国家所取代。直到20世纪七八十年代，恢复性司法将自由契约精神引入刑事诉讼领域。实际上，无论刑事和解还是民事和解，本质上都是纠纷主体对化解纷争的解决方式的自由选择。如果对于加害人和被害人双方都有利，并且不至于危及社会公共利益，那么这种非正式的刑事纠纷解决程序就有其存在的合理性。刑事和解正是符合当事人的这种追求而诞生的一项现代制度，刑事和解是对刑事诉讼制度内在独立价值——凸显当事人在诉讼中的主体地位、弘扬人类自治精神的体现。[2]

（10）中国特色理论。与上述普适性理论不同，一些学者认为，刑事和解并不是源于西方，中国自古就有这一传统，现行刑事诉讼制度中也有其存在的空间。因此不能简单地将恢复性司法等西方理论作为刑事和解的理论基础。或将刑事和解称为“中国式的恢复性司法”，以区别于西方国家的恢复性司法或刑事和解。[3] 一些学者结合刑事和解在中国的传统与近年来兴起

---

〔1〕 刘兰秋：“刑事和解制度化的世界性趋势及理论基础”，载黄京平、甄贞主编：《和谐社会语境下的刑事和解》，清华大学出版社2007年版，第61页。

〔2〕 吴娟娟：“刑事和解中国模式的构建”，中国政法大学2007年硕士学位论文。

〔3〕 参见宋英辉、许身健：“恢复性司法司法程序之思考”，载《现代法学》2004年第3期。

的背景和现实状况，主张将构建和谐社会的理论作为中国刑事和解制度的理论基础。[1] 事实上，如果结合中国刑事和解的实践，可以看到，基于中国特定的刑事政策、文化、社会转型期的社会需求等来寻找刑事和解的理论基础（不仅仅是政治意识形态），显然更符合实际和实践理性，尽管目前已有许多真知灼见，但是尚没有形成系统的、并具有说服力和影响力的理论体系。

3. 刑事和解的价值。我国学术界和实务界对于刑事和解的以下价值多给予积极评价：

（1）有助于全面恢复正义。认为在刑事纠纷中，只有犯罪人采取了实质上的弥补措施，而被害人又宽恕了罪犯，被犯罪行为破坏的正义才能恢复原状。由该理念发展起来的刑事和解制度顺应双方的意愿，提供了一个直接交流的平台，使正义的恢复成为可能。[2]

（2）更好地解决纠纷。在中国的社会转型阶段，犯罪总数有增无减，司法机关的压力日益增大，被告人反复申诉、被害人涉诉上访等现象屡见不鲜，充分地表明了在传统的刑事司法下一味保持打击犯罪的高压、强硬态度，在定罪量刑中较少考虑犯罪人的悔罪、赔偿情况，较少考虑被害人的期待等，都无助于纠纷的终局性解决。而刑事和解制度的价值在于有助于“交易契约”的达成，既有助于被害人意志的充分参与，也有助于被告人悔罪和进行赔偿从而得到谅解，有助于终局性地解决

---

〔1〕 参见陈光中：“刑事和解的理论基础与司法适用”，载《人民检察》2006年第5期。

〔2〕 参见王作富、但未丽：“刑事和解的刑事政策价值”，载黄京平、甄贞主编：《和谐社会语境下的刑事和解》，清华大学出版社2007年版，第70、71页。

刑事纠纷。[1]

（3）保护被害人权利。在传统的刑事司法领域中，被害人的权利及意愿一直处于被忽视的状态，而刑事和解以关注和重视被害人权利的新理念向传统的刑事司法理念提出了挑战。20世纪六七十年代，西方国家出现“被害者导向”的刑事政策思潮，认为被害人最根本的权利就是获得赔偿，真正要保障被害人权利，就应重视并尽可能满足被害人获得赔偿补偿的愿望。刑事和解的价值理念中即体现了这一点。[2]

（4）有利于加害人复归社会。在运用刑事和解的案件中，公权力机关可以依据刑事和解的协议对加害人可能采取撤销案件、不起诉、不追究或减轻、从轻刑事责任的处理方式。据此很多学者认为刑事和解给予加害人悔罪以及补偿自己的过错的机会，有利于其重新面对社会及复归社会。[3]

（5）有利于构建和谐社会。联系中国的社会背景和实际，认为刑事和解能够促进纠纷的彻底解决，有助于双方关系的恢复，以及增强当事人和社会公众对纠纷解决结果的认同，减少上诉率、申诉率，从而有利于构建和谐社会。[4]

（6）平衡公正和效率价值。公正价值包括体现了对被害人

---

〔1〕 参见周光权：“刑事和解制度的实体法价值”，载黄京平、甄贞主编：《和谐社会语境下的刑事和解》，清华大学出版社2007年版，第96页。

〔2〕 参见刘志成：“刑事不起诉：被害人权益保护的应然选择”，载黄京平、甄贞主编：《和谐社会语境下的刑事和解》，清华大学出版社2007年版，第130页。

〔3〕 参见刘志成：“刑事不起诉：被害人权益保护的应然选择”，载黄京平、甄贞主编：《和谐社会语境下的刑事和解》，清华大学出版社2007年版，第131页；孔晓曼：“刑事和解——推动司法现代化的新选择”，载《法制与社会》2007年第10期。

〔4〕 参见葛琳：《刑事和解研究》，中国人民公安大学出版社2008年版，第48～51页。

利益的保护、有利于对加害人合理利益的保护及再社会化、体现了对公共利益的保护等；效率价值则包括直接实现个案的诉讼效率、间接实现刑事司法整体效率、符合诉讼经济原则的要求等。[1]

4. 刑事和解的性质。有关刑事和解的性质，学术界存在一些不同意见，主要包括：

（1）刑事纠纷解决方式说，此为大多数学者认可的通说。认为刑事和解是加害人和被害人通过直接商谈来解决刑事纠纷的，如果加害人能够很好地弥补被害人所受到的伤害或损失，被害人就不再要求以刑事审判的方式追究加害人的刑事责任，从而弥补了主流的刑事纠纷解决方式——刑事审判的不足。[2]

（2）诉讼行为说，认为刑事诉讼行为是刑事诉讼法律关系主体在刑事诉讼过程中有意识实施的能够产生刑事诉讼法上效力的行为。[3] 而刑事和解正是刑事诉讼中的加害人和被害人根据自己的意思表示达成合意，并经公权力机关认可而产生一定的刑事诉讼法上效力的行为，故属于诉讼行为。[4]

（3）公法契约说，认为刑事和解虽然依据双方当事人的合意，但这种合意需要国家公权力机关的审查和认可，并产生不

---

〔1〕 参见向朝阳、马静华："刑事和解的价值构造及中国模式的构建"，载《中国法学》2003年第6期；北京市丰台区人民检察院："刑事和解的价值与运作模式研究"，载黄京平、甄贞主编：《和谐社会语境下的刑事和解》，清华大学出版社2007年版，第114～116页。

〔2〕 参见葛琳：《刑事和解研究》，中国人民公安大学出版社2008年版，第41～43页。

〔3〕 参见邓云：《刑事诉讼行为基础理论研究》，中国人民公安大学出版社2004年版，第29页。

〔4〕 参见葛琳：《刑事和解研究》，中国人民公安大学出版社2008年版，第41～43页。

追究或减免刑罚等公法上的效果，所以属于公法契约。[1]

（4）刑事纠纷解决的第三领域说，参照了黄宗智先生的第三领域理论，认为刑事和解属于由国家力量和民间力量共同介入的一种解决刑事纠纷的方案，即刑事纠纷解决第三领域。在这个领域中，代表国家的公、检、法机关与代表民间的双方当事人、有关的社区代表、扮演调解人角色的社会组织或个人之间展开充分互动，从而既保证国家对刑事案件处理过程与结果的监督和控制，又可以保证当事人充分参与纠纷的解决以维护自身利益；既有利于国家法的贯彻实施，又有利于补偿、抚慰被害人，也有利于改造行为人并使之无障碍地回归社会。[2]

（5）刑事诉讼的私力合作模式说，认为这种模式区别于传统的对抗性司法模式，也区别于国家公诉机关与被告方通过协商达成合作的“公力合作模式”，即与恢复性司法在本质上是两种不同的模式。[3]

5. 刑事和解的正当性。法学界从多方面和不同角度论证刑事和解的正当性，既有将其与西方普适性原理和国际社会的共同趋势相联系，也有从中国本土政策、文化和体制加以论证的。包括：①符合市民社会的基本精神，包括民主精神、自由精神、人本主义精神、公正精神、效率精神等。[4] ②顺应国际上恢复

---

〔1〕 参见葛琳：《刑事和解研究》，中国人民公安大学出版社2008年版，第43页。

〔2〕 参见史立梅：“刑事和解：刑事纠纷解决的‘第三领域’”，载《政法论坛》2007年第6期；肖仕卫：“刑事法治的‘第三领域’：中国刑事和解制度的结构定位与功能分析”，载《中外法学》2007年第6期。

〔3〕 参见陈瑞华：“刑事诉讼的私力合作模式——刑事和解在中国的兴起”，载《中国法学》2006年第5期。

〔4〕 参见赵剑：“市民社会基本精神与刑事和解正当性”，载黄京平、甄贞主编：《和谐社会语境下的刑事和解》，清华大学出版社2007年版，第140~146页。

性司法潮流。1999 年，联合国发布了《制定和实施刑事司法调解和恢复性司法措施》第26 号决议，2002 年通过了《关于在刑事事项中采用恢复性司法方案的基本原则》，提出保障受害人获得补偿的权利，使罪犯能深刻理解自己的行为并承担责任。当代世界各国都将刑事和解作为法律制度改革的一个方向，中国的刑事和解制度也顺应了这一潮流。[1] ③符合社会纠纷解决的实际需求，与多元化纠纷解决机制的建构方向并行不悖，为刑事诉讼中的私力合作模式……即当事人协定和解机制的生存和发展提供了实践探索广阔的空间。[2] ④符合宽严相济的刑事政策。[3] ⑤符合构建和谐社会的要求。强化了对国家、犯罪人和被害人三者权益的平衡保护，对于促进被害人心理创伤的平复、物质损失的恢复，犯罪人的再社会化具有重要意义，有益于推动社会和谐、促进社会长治久安。[4]

6. 刑事和解的权源。一些学者试图用权源的概念论证刑事和解的正当性，如陈绍纯认为其权源来自不同层次，包括：①依据自然法中社会契约论的观点，国家的一切权力来源于人民的让渡，刑事司法权、刑罚权也概莫能外，刑事和解通过契约形式给予了被害人与加害人双方以选择权，因此也可以认为

---

〔1〕 参见宋培海："我国适用刑事和解制度的实践与完善"，载黄京平、甄贞主编：《和谐社会语境下的刑事和解》，清华大学出版社 2007 年版，第 247 页。

〔2〕 参见毛建中："刑事司法历史进程中的私力合作兴衰与更新——对公力救济与当事人协定和解的历史解读"，载《四川警察学院学报》2008 年第 1 期。

〔3〕 参见宋培海："我国适用刑事和解制度的实践与完善"，载黄京平、甄贞主编：《和谐社会语境下的刑事和解》，清华大学出版社 2007 年版，第 247 页；徐军："刑事和解制度与检察权的运用"，载《中国司法》2007 年第 12 期。

〔4〕 参见元静："审判机关适用刑事和解的现实障碍与解决的途径"，载黄京平、甄贞主编：《和谐社会语境下的刑事和解》，清华大学出版社 2007 年版，第 256、257 页。

刑事契约是刑事和解的最本质的权源所在。②刑事和解是刑法的变通执行，它在维护成文法权威的前提下，融入了更多人文的考虑，是法律与道德情感的最佳结合点。③《中华人民共和国宪法》第2条规定：“中华人民共和国的一切权力属于人民。”宪政制度也是国家在一定范围内返权于民的根本法依据，可视为刑事和解的宪政根据。④刑事和解也来源于一定的刑罚裁量权的体现，因为在现行法中允许存在一定的刑罚裁量权。[1]

7. 刑事和解的结构。刑事和解的结构是指刑事和解各个主体之间在刑事和解过程中的相互关系，它决定了刑事和解的性质和特征，蕴含着刑事和解的基本原则和主要的制度程序。可分为共识模式与审查模式两种，前者认为刑事和解是加害人和被害人之间的直接和解；后者是指刑事和解必须以检察机关审查并通过加害人与被害人之间达成的和解协议为前提，必须在检察机关介入的情况下，检察机关发挥职权作用，赋予和解协议刑法上的意义，该协议才能成为对加害人从宽处理的依据。还有一种兼采共识模式与审查模式，即互动模式，刑事和解结构属于互动模式，加害人、被害人、检察机关都是刑事和解的主体，都能以自我行为参与刑事和解，加害人与被害人可以通过沟通和交流达成和解协议。[2]

（三）对刑事和解理论研究的评价与反思

首先，一方面，研究成果数量多，发展快，参与人数众多，除刑法、刑事诉讼法领域外，其他部门法学和法理学研究者也

---

〔1〕 参见陈绍纯：“刑事和解的权源、效力和功能”，载龚佳禾主编：《刑事和解制度研究》，中国检察出版社2007年版，第94页。

〔2〕 鲁秉松、陈小利：“刑事和解的结构探究”，载龚佳禾主编：《刑事和解制度研究》，中国检察出版社2007年版，第104～106页。

参与其中，表现出法学界的学术敏感性和社会责任感，一些成果具有很高的水准和开拓性。然而另一方面，追逐热点的现象也很明显。大量研究内容重复、缺少创新，数百篇论文中大部分内容相近、甚至完全重复。例如，关于刑事和解的理论基础，即恢复正义理论、平衡理论、叙说理论三种，有不下百篇论文进行类似介绍，有关刑事和解的概念、价值、意义等研究也不同程度地存在这种情况。

其次，从内容和方法看，一部分研究已开始超越传统的法学方法的局限，不仅关注法律规则、制度、价值理念和普适性，而且更多地关注社会现实、功能、文化、当事人行为、社会环境、政策与国际趋势等因素，同时对具体制度实践的运行、效果及其原因等进行调研分析，在制度建构中开始关注现实性、可行性、制度成本、效益等因素，并运用了社会学、经济分析、博弈论等方法，这些都显示出法学界的进步。但是从整体上看，研究方法仍显单一，大部分研究仍停留在对刑事和解进行实体法和程序法的规范性解释上。

再次，从理论观点上看，由于有西方恢复性司法等理念以及中国现行司法政策的支持，多数研究者对刑事和解的正当性给予肯定，并尝试对中国本土刑事和解的制度进行建构和阐发，研究总体显示出开放性和多元性特点。但不足之处是不同观点之间缺少对话、交流和辩论，理论研究与实务部门的实践之间缺少相互印证、协调和修正，很多理论研究没有起到引导实践的批判性和建构性作用。

最后，有关理论研究产出了许多优秀成果，并达到了一定的深度，对于我国刑事和解制度的建构无疑会产生积极影响。但整体而言仍缺乏系统性、全面性和规范性，主要问题是：①宏观层面的抽象理论研究较多，但并未形成一种具有说服力

和影响力的理论体系，因此不得不以西方的恢复性司法等理论作为基本理论基础；②微观层面的研究有所不足，尚待开发和深入，如对刑事和解中的当事人，即被害人和加害人等微观视角的研究，以及对刑事和解中的自由裁量权等方面的研究，等等；③在大量介绍西方国家恢复性司法等理论和刑事和解实践的同时，对与我国相关制度和实践的比较研究不足，对二者产生的背景、适用范围、制度差异、功能、文化和理念等缺少全面深入的比较研究；④部分研究缺少规范性和科学依据，例如在论证中混淆刑事犯罪与民事纠纷的界限，将某些理念意识形态化或绝对普适化，直接将政治理念作为理论依据，对法律原则和规范进行实用主义的任意诠释，等等。

六、研究进路与结构安排

第一章："刑事和解的制度化实践：现状与制度基础"，主要对中国现阶段的刑事和解实践状况作出全景式的描述。刑事和解在司法实践中逐渐尝试推行，并充分显示出制度化的趋势，但现阶段仍处在不断探索和试错的阶段，尚未成为统一的正式制度。尽管在刑罚轻缓化、恢复性司法等国际潮流中兴起，但通过深入观察过去的刑事司法实践，可以明确其并非从国外移植而来的制度或者中国司法机关超越法律的全新创制，而是有其制度基础存在的。制度基础是制度得以运行的直接前提，并且往往意味着它是制度形成的最表层的因素。首先，实际上，迄今为止实务部门所进行的刑事和解尝试并非对我国刑事法制的颠覆和全新创制，尽管并没有明确的法律规定，但实际上仍然存在一些法律依据。其所涉及的制度主要包括：量刑裁量、刑事附带民事诉讼、刑事自诉和解或调解、交通肇事罪定罪量刑中的和解、治安案件协商调解等。其次，在传统的刑事司法

实践中，刑事和解的实践以各种形式存在，可称之为司法惯行（惯习），可以视为刑事和解制度的原型，它是本土的，也是现实的，但从来都不是言明的。再次，自由裁量权是适用刑事和解的权力支持，而对于某些领域如检察官的起诉、法官的审判中法律明确赋予了一定的裁量权。最后，刑事和解的一个重要的制度基础来自政策。包括构建和谐社会等宏观政策，也包括宽严相济、刑罚轻缓化等刑事政策。

第二章："一个边境牧区的刑事和解实践"。在发达地区以及全国范围内浩浩荡荡推行刑事和解制度化实践之时，在内蒙古边境的一个牧业地区，我们可以看到在看似"天高皇帝远"的边境地区，也存在着刑事和解的制度化实践，即使单一和相对简单，却仍不失为一种刑事和解的地方性实践，这是民间习惯对正式司法制度的影响，是司法过程中自发产生的司法惯习，也有些则是民族地区司法政策的产物。刑事和解实践在正式的刑事司法中从何时开始存在已无从判断，或者可以说，刑事和解实践早在正式司法制度确立之日起便已存在。那么，无论在司法人员的经验感受中还是在事实上，这一实践近年来具有增加并被纳入制度化的微妙迹象，这既是受我国兴起的刑事和解实践探索和制度化建设的影响，也是在主流话语的背景下被推进的结果。

第三章："刑事和解的历史文化探源"。这一章的任务，便是对刑事和解制度的历史文化根源进行追溯和挖掘，并对其不同历史语境与文化语境中的相似制度予以揭示。所以，本章是对前两章内容的延伸和深化，因此也可以视为是描述性的，是对刑事和解制度的进一步描述。今天的刑事和解制度是一个独特的制度，它在特殊的环境和基础之上产生并制度化，在这个意义上它与历史上的任何一项非正式或正式制度都不尽相同，

如以钱赎刑或者民间的和解私了，甚至今天中国的刑事和解制度也与西方的恢复性司法和刑事和解制度不尽相同。从一方面来看，社会政治环境的不断变迁，使得过去的制度与今天的制度不可能同日而语，甚至在不同语境下使用的概念都是不可相提并论的；但在另一方面，历史总是一种迂回曲折的进程，不同历史语境下的事物之间又有着一定程度的延续性和关联性。尽管刑事和解在我国现有制度框架中有着一定的基础和空间。而制度基础只是一项制度或现象的直接原因，其背后隐藏着丰厚的历史文化基础。

第四章："刑事和解制度化实践中的行动者逻辑"。这一章欲揭示刑事和解的制度化实践背后的深层逻辑。如果说，关于刑事和解的制度化实践、制度基础、个案观察、历史文化探源等都是对于刑事和解制度化实践的描述，那么，关于刑事和解制度是如何形成的，则需要另一种深刻的解释，而从国家与社会的抽象视角剥离出较具体的国家与行动者的二元视角，并采取行动者逻辑、国家逻辑与话语逻辑的三元解释框架不失为一种新的尝试。真正的制度创造者实际是社会上的各个利益主体和行动者，历史就是在各个主体的行动中推进的。在各个主体行动的利益考量、相互博弈等过程中显示出制度运作的最为真实的生存逻辑，比如司法机关和司法官员会为了做到真正的案结事了，加害人为了获得轻判，被害人为了获得自己利益的最大化，甚至学者在学术利益与社会责任感的夹缝中采取的各种行动和呼吁，民众为了获得安全感或者道德感的宣泄，等等，都是一些在正式的话语实践或者表达中很少出现的东西，但恰恰是这些，正是制度赖以存在的真实基础，而且行动者逻辑作为对社会需求最直接的表现而决定着制度的产生和发展。因此，在每一个制度的产生和发展进程中，其各个利益主体的具体行

动作为制度的推动力量，发挥着不可估量的作用，甚至可以说，制度就是在相关行动者的博弈中推进的。

第五章："刑事和解制度化实践中的国家逻辑"。在刑事和解的各种实践以及制度化现象的背后，必定蕴含着某种国家治理逻辑，因为任何关于权力的让渡与收复都掌握在国家的无形之手中。在刑事和解的制度化实践中，虽然可以看到各个行动者出于各自的利益和动机参与进来，但归根到底离不开国家的掌控。在整个刑事司法体系中，惩罚是一个贯穿始终的主题，这里国家治理技术通过惩罚方式和技术来体现。而在刑事和解实践中，虽然在形式上舍弃了惩罚主题而彰显补偿与恢复理念，但实际上，刑事和解的运作归根到底依赖于惩罚权力。所以，刑事和解并没有在根本上颠覆传统刑事司法理念，而充其量是对其一定程度上的修正和补充，使得国家惩罚的技术变得更为温和，从而也更加有效。

第六章："刑事和解制度化实践中的话语逻辑"。话语逻辑实际上与实践逻辑形成了一个问题的两面，关于刑事和解的制度化实践必然伴随着话语实践的正当化论证和对外表达，并反过来也对其制度化实践发生着影响。在话语层面，当今中国主流官方话语及铺天盖地而来的西方恢复性司法理念及话语给刑事和解的运作提供了强有力的支持，但这种关于刑事和解的话语实践又与传统法治及刑事司法话语产生了这样或那样的冲突。而这种冲突在实践层面表现得并不明显，如在我国原有的刑事司法实践中即有相关实践以惯习的形式存在，如今的制度化实践是对此的强化、扩大和明确化。因此可以说，传统刑事司法的实践与话语之间存在一定的背离，当代的刑事司法实践关于刑事和解的实践与表达也是相背离的，从而使得这种关于刑事和解制度的争议和冲突在话语层面更加突出。只有对实践与话

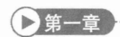
语的因素重新剥离、重新组织，把真正实践层面的和合法化工具层面的东西区分开来，才能够了解，在这些冲突和争议中哪些根本不能成为问题，哪些能够成为真正亟待解决的问题。

第七章："总结与探讨"，对全文的观点与论证作出总结，并对刑事和解制度面临的问题及应对方面作出探讨和建言。




上 篇





第一章 刑事和解的制度化实践：现状与制度基础

当两个或更多人面对同一个问题，得出一个相似的看法，并设计出一种解决办法，他们就是在创造一种社会现实，当他们的解决办法传给其他人，逐渐变成一种习惯，文化的一部分就已形成，如果这种常规的做事方式被许多人都用来协调他们的行动，那么日复一日，一种制度就会形成。[1]

——［美］迈克尔·施瓦布（Michael Schwalbe）

一、刑事和解制度化实践的兴起

2002 年，北京市朝阳区人民检察院制定了《轻伤害案件处理程序实施规则（试行）》，其中规定轻伤害案件可以适用刑事和解："检察机关对于移送审查起诉的轻伤害案件，应当讯问犯罪嫌疑人，听取犯罪嫌疑人委托的人的意见。同时，检察人员应当告知犯罪嫌疑人如果和被害人达成和解，就可能被作出相对不起诉的处理决定。" 2003 年，北京市政法委出台了《关于北京市政法机关办理轻伤害案件工作研讨会纪要》，其中规定："对确因民间纠纷造成的轻伤害案件，犯罪嫌疑人、被告人的犯

〔1〕［美］迈克尔·施瓦布：《生活的暗面——日常生活的社会学透视》，汪丽华译，北京大学出版社 2008 年版，第 26 页。

罪情节轻微，有悔罪表现，已全部或部分承担被害人医疗、误工等合理赔偿费用，被害人不要求追究其刑事责任，双方自愿协商解决的，可由双方自行协商解决并达成书面赔偿协议。对此案件，在被害人向政法机关出具书面请求后，可以按照规定作出撤销案件、不起诉、免予刑事处罚或判处非监禁刑等从宽处理。”随后，刑事和解机制迅速扩展至北京市各区县的公、检、法机关。与此同时，上海等地公安机关在积极尝试人民调解组织参与轻伤害案件的调解，并相继出台有关政策和规范性文件。

2006 年 10 月 31 日，湖南省人民检察机关正式实施《湖南省人民检察院关于检察机关适用刑事和解办理刑事案件的规定(试行)》。据报道，这是在全国范围内首次明确提出“刑事和解办理刑事案件”。截止到 2010 年 3 月，参与并试行刑事和解实践的地方已经覆盖了上海、河南、吉林、厦门、安徽、江苏、山东、山西、广东、浙江、重庆、辽宁、河北、福建、湖北、甘肃、四川、内蒙古等省、市、自治区，这些省、市、自治区的相关部门相继发布了规范性文件，并在个案中加以适用。这些规范性文件的发布伴随着众多具体个案的实践，这在媒体报道、各个司法机关科研机构的调研报告中随处可见。例如：

2006 年 8 月 19 日下午，朔州市民杨某携家人外出，驾车行至太原市阳曲县境内高速公路时，因疲劳驾驶，车剐蹭到西侧护栏。之后，杨某向左猛打方向盘，导致车撞断了中央隔离栏，同在车上的小姨子李某当场身亡。经高速交警进行事故认定，杨某由于疲劳驾驶且遇紧急情况采取措施不当，应负事故全部责任。案发后，阳曲县公安局对杨某取保候审，并以杨某涉嫌交通肇事罪，向阳曲县人民检察院移送审查起诉。检察机关经

审查认为，杨某违反交通运输管理法规，疲劳驾驶，造成重大交通事故，其行为符合交通肇事罪的犯罪构成。但检察机关同时查明，该案事实清楚、证据确凿且杨某认罪，杨某系过失犯、初犯，可能被判处3年以下有期徒刑或拘役；杨某认罪、悔过，向被害人家属赔礼道歉，并做出遵纪守法承诺，被害人家属表示原谅杨某。而且，犯罪嫌疑人杨某和被害人亲属双方自愿和解，就民事赔偿事项协商一致，且已全部履行。依照太原市人民检察院《关于办理轻微刑事案件适用刑事和解的规定（试行）》，检察机关认为，杨某的行为符合刑事和解的条件和范围。经阳曲县和太原市两级检察机关检察委员会研究决定，对杨某予以训诫后，检察机关于2007年11月20日依法对杨某作出了相对不起诉决定。

2008年7月6日，合肥市一名公交车司机杨某与同事韦某发生冲突，致其轻伤，按照法律规定，杨某应当承担刑事责任。不久，公安部门以涉嫌故意伤害罪将杨某报请合肥市庐阳区检察院侦监科批捕。如果按照法定程序处理此事，杨某会被判刑，而受害人则会得到赔偿。但检察机关办案人员调查了解后发现，杨某在案发后投案自首，悔罪态度好，并积极配合医院救治韦某。更重要的是，杨某超标准进行了民事赔偿，后者谅解了杨某，双方愿意"刑事和解"。最终，经合肥市和庐阳区两级检察机关批准，庐阳区检察院决定不批捕杨某。

……

除此之外，类似的情况在各个媒体的报道、司法机关的工作报告、实务界及学术界的调研报告中随处可见。直观看来，首先，这一实践热潮伴随着理论的积极论证和探索形成了一定规模，并大有向规范化、普遍化发展的趋势；其次，刑事和解

的探索和实践与原有的刑事司法实践确有一定的不同之处；最后，从刑事和解的探索和实践中，人们应该可以看到一个连续的、动态的过程，自2002年北京市朝阳区检察院制定相关规范性文件以来，这几年在各个地方逐渐推广开来，到现在已经达致全国性的规模。所以，总的来说，这一现象符合“制度化”概念的各个要素，即从个别、非常规性的、非正式的做法逐渐发展为普遍的、持续性的、稳定性做法的过程和趋势。

而刑事和解的制度化实践，是相对于传统刑事司法领域中的司法惯习而言的，指近年来由司法机关推进的一种建构尝试，带有一定创新性和探索性的，将对传统刑事司法领域中司法惯习等经过改造，赋予新的内容、方式和意义，而使之形成普遍制度的一种尝试和努力。

然而，伴随着刑事和解的制度化实践，在实践与理论层面产生了一些矛盾或冲突，就像本书导论中所提出的那样。而本章力图回答其初步的问题，即一是中国刑事和解制度化实践的制度基础问题，只有厘清了这个问题，才可能厘清中国的刑事和解实践来源于什么，是来源于本土的司法实践，还是来源于西方恢复性司法和刑事和解制度的移植或借鉴？二是中国现阶段的刑事和解实践以及制度化努力与传统刑事法制实践中的类似实践有什么样的关系？三是中国现阶段的刑事和解在多大程度上是在制度框架以内的激活或者强化，在多大程度上属于超越法律的实践，或者在不同案件类型下有何不同？

所以，针对上述问题，本章试图对中国现阶段的刑事和解实践状况及制度基础作出全景式的描述。有些问题是能够在对事实与经验的观察与描述中得以厘清的。

本部分的论述来源于大量的经验材料，包括笔者亲赴实地与实务人士进行的访谈，对法官、检察官、警察以及律师的访

谈，也包括笔者从书刊、报纸、网络等媒体搜集到的大量文献、报道等。

另外，笔者随机抽取了80例刑事和解个案（见附录2），在一些具体问题上予以说明。

二、刑事和解的制度化实践：现状与特征

（一）具体实践和推进的主体

司法机关、特别是检察院是具体推进或实施刑事和解的主体。在传统刑事司法领域中，尽管作为司法惯习的刑事和解普遍存在，但除了在自诉案件和刑事附带民事诉讼等案件外，在一般公诉案件中，大多检察官不会热衷于促成当事人之间就民事赔偿问题达成和解，而是一并起诉到法院，交给法院来处理。而在审判阶段，虽然有一些法官会积极调解，促成当事人达成民事部分和解，但并未构成一种政策和普遍行为。经验性研究表明，近年来，刑事和解在司法实践中的兴起和制度化趋势，主要是司法实务部门的实践者积极推动的结果。如果说，在从前的司法工作中，类似刑事和解的相关实践还是一个相对具有风险的司法行动（自诉案件和刑事附带民事诉讼中的和解除外），近年来随着政策的倡导，刑事和解开始被多数司法机关积极推行，从局部的探索逐渐形成了一种热潮。

首先，一般认为，最早正式开始尝试刑事和解的是检察院系统。由于检察院在对犯罪嫌疑人是否提起公诉以及求刑等问题上具有一定自由裁量权，因此刑事和解可直接影响其处理结果，如相对不起诉或从轻求刑。而近年来各地检察院出于对社会效果和个案特殊性的考虑，开始更多地关注刑事和解的应用，因此很多地方的检察院将刑事和解作为近期“司法改革”或制度创新的重点。从随机抽取的80例刑事和解个案中，可以看到

检察院在主持刑事和解的机关中占多数比例。(见图 1-1)

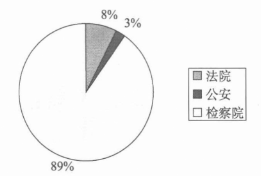


图 1-1　主持刑事和解的机关

* 此图根据随机抽取的 80 例个案制作。

与检察院相比较而言，在如今的制度化实践中，虽然法院与公安机关的实践并不突出，报道和宣传中的比例也明显较小，但并不意味着后者在实践中非常少见。恰恰相反，在制度化实践开始之前，两者采用刑事和解的制度空间比起检察院来都要广泛。[1]

其次，公安机关办理治安案件和轻微刑事案件时，本身就具有相当大的调解与和解的空间。尤其在治安案件中，尽管一般并不采用刑事和解的概念，但实际应用的数量却非常多，如果与西方国家轻刑案件中的刑事和解相比较，其实践和作用范

---

〔1〕 需要说明的是，首先，具有制度空间并不意味着有这样的制度，也不意味着相关做法是普遍性的；其次，有制度空间意味着可以有相应的司法惯习，或者某种意义上属于“行动中的法”。如法院在量刑幅度内有着较大的自由裁量权，可以将被告人的认罪态度、赔偿被害人的情况等都作为量刑的考量因素。尤其在交通肇事案中，赔偿金额与刑事责任甚至都是直接挂钩的。而公安机关对轻伤害案件、治安案件的处理更具有和解的空间。所以，相对于检察院，法院与公安机关原本就有些刑事和解的制度空间，但在制度化实践兴起后，又没有检察院的实践那样突出和鲜明，因此不难理解的是，如今的制度化实践在检察院更为突出。

围要广泛得多。[1] 而2005年由公安部发布的《公安机关办理伤害案件规定》，明确规定因民间纠纷引起的轻伤害案件可以调解处理。[2] 普遍认为这是公安机关办理轻伤害案件适用刑事和解的直接依据。也有学者通过实证调研，表明公安机关侦查阶段的刑事和解呈日益提高的趋势。例如，公安机关在立案侦查的阶段，轻伤害案件调解结案的比例日益提高，有的甚至达到轻伤害案件的70%之多。[3]

最后，在法院，自诉案件的刑事和解一直存在，实践中适用较多。从我国的现行制度来看，对于告诉才处理的案件和被害人有证据证明的轻微刑事案件，有一套类似于“刑事和解”的调解、和解程序，有学者认为自诉案件的调解是法官审判权的具体实施方式，而自行和解则纯属当事人的私人事务，法官对和解的结果只有确认权而无介入、控制权。[4] 至于在公诉案

---

〔1〕与西方国家相比较而言，中国没有严格意义上的“轻罪”概念，其将轻微违法以违章、治安案件等名义纳入行政违法范畴，而在行政违法案件处理实践中，历来存在着较大的自由裁量权和变通性，西方的刑事和解案件很多属于中国的行政违法（治安案件），而这类“刑事”和解实际上早已成为我国执法中的惯例（这也成为中国学者理解西方刑事和解的一个障碍）。

〔2〕《公安机关办理伤害案件规定》第30条规定：“对于因民间纠纷引起的殴打他人或者故意伤害他人身体的行为，情节较轻尚不够刑事处罚，具有下列情形之一的，经双方当事人同意，公安机关可以依法调解处理：①亲友、邻里或者同事之间因琐事发生纠纷，双方均有过错的；②未成年人、在校学生殴打他人或者故意伤害他人身体的；③行为人的侵害行为系由被害人事前的过错行为引起的；④其他适用调解处理更易化解矛盾的。”

〔3〕樊学勇、杨涛：“公安机关办理刑事案件中调解问题研究——以构建和谐社会为视角”，载《北京人民警察学院学报》2006年第6期。

〔4〕马静华：“刑事和解的理论基础及其在我国制度构想”，载《法律科学》2003年第4期；王立：“轻伤害案件刑事和解的实务现状”，载黄京平、甄贞主编：《和谐社会语境下的刑事和解》，清华大学出版社2007年版。

件中，法院和法官也会就刑事案件民事部分的赔偿问题，在被告人与被害人之间做调解工作，对于认罪态度好、积极赔偿的被告人会在定罪量刑中予以考量。但由于没有明确的刑事和解制度作为参考和标尺，这种调解与和解只能作为被告人的认罪态度的一部分成为量刑的考量因素，而且是否作为考量因素也不是明确、常规化和规范化的。刑事和解的制度化实践兴起后，各地的法院也开始积极推行这一制度，一些地区的法院也积极参与了刑事和解的实践，如无锡市两级法院、重庆市渝中区人民法院、海东中院等；北京市朝阳区人民法院在自诉案件和刑事附带民事诉讼案件中适用调解与和解，刑事附带民事诉讼案件中就民事部分达成的和解协议虽然并不产生刑事责任的免除等处理结果，却可以作为对被告人的从轻处罚依据。

因此，如果以刑事和解制度化实践开始的 2002 年为分界线，可以看出前后发生的微妙变化。例如，在制度化实践开始之前，法院与公安机关仍然有大量的制度空间运用刑事和解，相比较而言，检察院无论在规模上还是在制度空间上，都没有前者广泛。而制度化实践开始之后，将原来在刑事和解方面不突出的检察机关推到了前台，检察机关因其特殊性和适用刑事和解方面的优越性也成为这一制度化实践中的一道突出的风景。

（二）关于和解适用率

根据各种不同的实证研究表明，由于各地的做法不统一，其和解适用率的差距也很大，而调研结果也有所不同。例如，根据一项对北京市朝阳区检察院的调研显示，2006 年轻伤害案件的刑事和解适用率仅为 2.9%；[1] 而另一个对北京市东城、

---

〔1〕 封利强、崔杨："刑事和解的经验与问题——对北京市朝阳区刑事和解现状的调查"，载《中国刑事法杂志》2008 年第 1 期。

西城、朝阳、海淀、丰台、大兴、昌平共七个区检察机关的轻伤害案件刑事和解情况的调研表明：2003 年 7 月 1 日至 2005 年 12 月 31 日，七区检察院公诉部门共受理各类刑事案件 27 427 件，其中轻伤害案件共 4607 件，占全部案件的 16.8%。轻伤害案件中，检察机关适用刑事和解结案的共 667 件，和解适用率为 14.5%。并且经和解之后，移送公安机关撤案的比例占 80.1%，相对不起诉的比例占 19.3%，而起诉的轻伤害案件不足 1%。[1] 海淀区检察院近年来在实践中采用三种刑事和解处理方式：和解后不起诉或退回公安机关处理，和解后起诉，以及未和解起诉，其中进行调解后退回公安机关处理和相对不起诉的案件占轻伤害案件总数的 20% 以上，刑事和解的采用导致轻伤害案件逐年递减。[2] 由此可以看出，不同地方的刑事和解适用率有很大的差别，有的适用率很高，而有的却较低，充分表明了各地对刑事和解的态度，以及适用范围、适用条件、适用程序、裁量权等都有着不同的要求和规定。

（三）关于适用刑事和解的案件类型和范围

众多实证研究表明，除了自诉案件之外，采用刑事和解的案件类型涉及了交通肇事案、轻伤害案、未成年人和在校学生犯罪案、熟人亲属之间的伤害案、盗窃案等轻罪案件，但也有部分地区和机构在重伤害案中也尝试适用刑事和解，由此也引来了众多质疑和批评。（见图 1－2）

和解的需要和正当性主要是基于身份、主观恶性、社会危害

〔1〕 王立："轻伤害案件刑事和解的实务现状"，载黄京平、甄贞主编：《和谐社会语境下的刑事和解》，清华大学出版社 2007 年版，第 217～218 页。

〔2〕 黄京平、张玫、莫非："刑事和解的司法现状与制度构建"，载黄京平、甄贞主编：《和谐社会语境下的刑事和解》，清华大学出版社 2007 年版，第 209 页。

性、受害人原谅的可能性以及客观效果等综合因素。目前适用刑事和解的案件范围仍在扩大，根据其特点大致可以分为以下几类：

（1）以当事人之间的身份、关系及其社会背景为因素。此类案件的当事人之间往往有特殊身份关系，如亲属、同属一个社区共同体（民族、邻里、同事等），具有相似的文化背景、习惯等。从其实际办理的刑事和解个案中很多都可以见到“同事”、“同村”、“邻组”、“生意伙伴”、“一家人”等描述。少数民族地区的刑事和解，则往往强调习惯法因素和民族文化传统的特殊性。

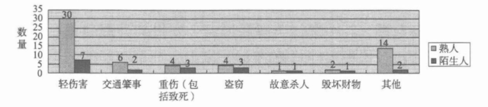


图1－2 案件类型与当事人社会关系图

＊此图根据随机抽取的80例刑事和解个案制作。

（2）根据主观恶性和损害程度，例如根据情节的轻微、偶犯、初犯、过失犯、未成年人等具体情况，以及自诉、治安案件本身的裁量度，尽可能将介于罪与非罪、轻罪与重罪之间的部分案件通过和解减少刑事制裁的数量和严厉程度。例如，据北京市海淀区检察院的调查数据，和解后退回公安机关处理和相对不起诉的案件，与受理未成年人和大学生犯罪案件总数比较，2002年占11.1%；2003年为9%；2004年为5.5%；2005年为7.6%。[1] 下图为了方便量化统计，将偶犯、初犯、过失犯、未

〔1〕参见黄京平、张玫、莫非：“刑事和解的司法现状与制度构建”，载黄京平、甄贞主编：《和谐社会语境下的刑事和解》，清华大学出版社2007年版，第210页。

成年人作为一个类别，与其他较严重或者较普通情节的类别加以区别。根据随机抽取的80例刑事和解个案，其比例如下图：

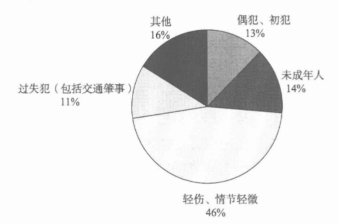


图1－3　主观恶性和损害程度与刑事和解

（3）根据案件类型和处理机制（包括规则、制度空间等）将某些专门性犯罪的制裁与民事赔偿相结合，交通肇事案件的和解就是其中的典型。其特点、制度依托和需求主要是基于：交通肇事在当代社会属于常规性过失犯罪，主观恶性相对较低，法律规定明确、责任明晰（轻微责任的认定标准明确、重大事故则由交管部门作出责任认定）不存在事实分歧，归责原则和赔偿标准格式化、交强险与商业保险赔偿制度，大量加害人赔偿能力低、执行难，受害人救济不足现象严重，等等，因此其刑事和解的类型化和普及就成为必然。

（4）特殊社会因素。近年来很多地区的刑事和解实践往往有特殊的地域社会因素，例如在广东省东莞等地区，刑事案件大量发生在务工的农民工之间，这些伤害案件之所以较多使用刑事和解，主要是考虑到农民工的经济状况和流动性特征，综合权衡受害人的补偿需求和加害人的赔偿能力，将刑事和解的重点放在动员加害人家属积极代替加害人进行赔偿，获得受害

人的谅解以及最为有利的救济结果。尽管其正当性存在争议，但在国家尚无力对刑事受害人进行全面补偿之前，其现实的合理性得到了受害人的认同。

（5）有些地区，在重伤害案件中尝试适用刑事和解，由此引来了众多的质疑和争论。如 2005 年的“安然故意杀人案”中，由于安然偿付了被害人家属赔偿款，一审判处被告人安然死刑缓期二年执行，便引来了社会上的一片哗然，认为具有“花钱买刑”之嫌。[1] 总之，对轻伤害案件、未成年人犯罪案件、熟人亲属之间的伤害案件等案件类型进行的刑事和解，在当事人双方满意的情况下，一般不会引起社会上的关注和质疑；但在相对严重的刑事犯罪案件和引起社会高度关注的案件中，则争议较大。

例如，河南孟津县检察院在推行刑事和解制度中摸索出三个经验，即“三看确定刑事和解的范围、两问判断结案方式、一展示确定案件走向”：“三看”即“看主体身份，看主观恶性，看量刑情节”；“两问”即询问双方当事人，只要被害人一方有和解的意愿，就尽可能地采取刑事和解方式；“一展示”即展示证据，“通过证据展示再现案件全貌，依据法律情理分清双

〔1〕 2005 年 6 月 25 日，北京大学公共卫生学院学生安然在教学楼内，因感情纠葛将同学崔培昭用事先藏匿的菜刀砍死，被检方以故意杀人罪向法院起诉。2006 年 3 月，双方家长就民事赔偿部分达成和解，安然赔偿死者崔培昭父母 40 万元，崔家自愿撤回刑事附带民事诉讼。北京市一中院对此案刑事部分审理后，判决安然死刑缓期二年执行。崔培昭父母一审判决后并没有申请抗诉，目前该判决已生效。很多人认为安然被判处死缓与赔偿有直接关系，由此也引发了一些争议，典型的如“花钱买刑”之嫌疑。参见葛琳：《刑事和解研究》，中国人民公安大学出版社 2007 年版，第 354 页。

方是非，进一步促使双方和解”。[1]

（四）刑事和解模式呈多元化趋势

各地司法机关在实践中存在较大的差异，通过相互借鉴、相互影响，形成了若干模式，陈瑞华教授将其归纳为三种：

（1）加害方—被害方自行和解模式，是指犯罪嫌疑人、被告人在认罪悔过的前提下，与被害人经过自行协商，就经济赔偿达成书面协议，不再追究加害人刑事责任的纠纷解决方式。检察机关经过认真审查后，可以接受双方的协议和被害人的请求，对犯罪嫌疑人、被告人不起诉或者建议公安机关撤销案件。

（2）司法调解模式，是指司法人员通过与加害方、被害方的沟通、交流、教育、劝解工作，说服双方就经济赔偿标准、赔礼道歉等事项达成协议，从而促使被害方放弃追究刑事责任的纠纷解决方式。

（3）人民调解委员会调解模式，是指公、检、法机关对于那些加害方与被害方具有和解意愿的轻伤害案件，委托基层人民调解委员会进行调解，对于经过调解达成协议的案件，可不再追究加害人的刑事责任。[2]

除上述三种模式外，也有些地区尝试在刑事和解中吸收村乡政府、民间人士、单位领导等社区、单位及民间力量，来促成当事人之间达成刑事和解，对于这种模式，笔者认为可以称为民间力量介入模式。例如，宁夏回族自治区固原市原州区检察院在采用刑事和解方式时，邀请当地清真寺阿訇（伊斯兰教

---

〔1〕郭朝晖、崔炎哲：“肇事者和被害人家属和解了——河南孟津：完善刑事和解办案流程 缓解轻刑案件当事双方矛盾”，载《检察日报》2007年4月12日，第002版。

〔2〕参见陈瑞华：“刑事诉讼的私力合作模式——刑事和解在中国的兴起”，载《中国法学》2006年第5期。

主持教务、讲授经典的人）参加，对当事人进行说服教育的工作。[1]

值得注意的是，这三种模式实际上都是在我国现有制度的空间和传统资源基础上发展而来的，有些来源于综合治理的经验，有些则是将以往大量存在的实践或惯习加以合法化或规范化，直接从西方国家制度实践中借鉴的因素很少。在实践中，多数司法机关一般均比较慎重，只是将民事部分的和解权利交给了当事人，刑事部分的处理决定权还是由公权力机关自己来掌握；而且均比较注重操作的规范化和制度化，注意制定规范性文件，为此后的刑事和解立法和制度化提供了重要的参考。

（五）司法机关推动刑事和解的现实背景与所获实效

对于司法机关而言，对刑事和解的青睐并不是来源于对西方的崇拜或话语的力量，也不是出于对于改革和运动的偏好，推动刑事和解更大的实际动因是社会需求，这是该制度化实践在正当化论证和积极评价方面的一项重要标准。若要了解刑事和解在这方面的效果，首先必须对近年来涉法、涉诉信访案件的数量和比例居高不下的背景有所了解，而受害人及其亲属由于得不到或无法执行民事赔偿而申诉上访的，远比对加害人定罪量刑的不满更为突出。在这种背景下，从最高人民法院到各地各级法院，都将强化刑事诉讼附带民事调解率作为近年来的司法工作重点，而随着附带民事调解率的提高，不仅司法机关的压力得以减轻，更重要的是受害人得到了实惠，社会风险也得以相应改善。这些实效主要包括：①提高服判率，即降低上诉率和上访率。各地的刑事和解报道大部分将上诉率和上访率

〔1〕 薛正俭："回民纠纷刑事和解，请阿訇参与"，载《检察日报》2007年5月15日，第002版。

作为是否对刑事和解结果服判的重要指标。例如，无锡法院适用刑事和解所判处的案件，除一人提出上诉外，其他被告人均表示服判。通过刑事和解程序审理的案件无一例申诉或涉诉信访。[1] 重庆市检察院2007年共办理247件和解案件，和解成功225件，和解成功率达90%以上。和解成功的225件案件中，以经济赔偿的方式达成和解协议的211件，占93.8%，并且无一例上访的情况。[2] ②有利于保证加害人对被害人的经济赔偿，例如，根据有关报道，重庆适用刑事和解之后，当事人之间以经济赔偿的方式达成和解的比例占全部刑事和解的93.8%[3]。而在之前的统计和实证调研表明，由于多数情况下被害人只能通过刑事附带民事诉讼得到赔偿，但由于加害人受到刑事处罚而不履行赔偿，赔偿执行率仅在10%左右。[4] ③有利于促进加害人与被害人之间的对话与谅解，如亲属间的犯罪、青少年犯罪、激情犯罪等。如在湖南宁乡县法院，在推行刑事和解之前的2004年，办理了一起父子之间的轻伤害案件：儿子因赡养问题与老父发生纠纷，互相推搡中致老人造成轻伤。对此该院按照刑事司法程序处理，判处儿子有期徒刑1年。然而“儿子不仅没有从刑罚制裁中真心悔改，反而对老人更加不满；老人虽然将不孝儿绳之以法，但并没有得到期待的幸福家庭生活，赡养

---

〔1〕参见“恢复性司法的尝试——无锡两级法院开展刑事和解工作报告”，载最高人民法院网站，http：//www. court. gov. cn/，访问日期：2008年4月1日。

〔2〕参见“重庆启动和为贵刑事和解机制　轻微案件可私了”，载《重庆晨报》2008年9月18日。

〔3〕参见“重庆启动和为贵刑事和解机制　轻微案件可私了”，载《重庆晨报》2008年9月18日。

〔4〕徐德高、陆健、沈建：“应将刑事和解制度引入附条件的重伤害案件”，载《江苏法制报》2009年5月11日，第006版。

问题依然没有解决”。而该院推行刑事和解后，对此类邻里、亲属纠纷引发的“民转刑”轻伤害案件，实行非刑罚化、非监禁化处理，“使犯罪嫌疑人和被害人消除积怨，握手言和”。[1]

三、制度基础

刑事和解在中国的制度化实践带来了一定的争议和讨论，是因为原有的法律制度没有明确规定和采用这一方式，并且在某种程度上与一些传统司法观念相冲突。然而未明确规定和制度化，并不等同于没有相应的制度基础和空间，因为对现有的法律制度稍加分析就可发现，现行法律规定、原有的相关司法惯习、公安司法机关及公安司法人员裁量权的存在，以及各种国家政策和司法政策的贯穿等，都给刑事和解提供了充分的制度基础。

（一）现行法律框架

1. 量刑裁量。《刑法》第61条规定：“对于犯罪分子决定刑罚的时候，应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度，依据本法的有关规定判处。”并且《刑法》规定的每项罪名一般都附有较广泛的量刑幅度。因此，在审判阶段，很多适用刑事和解的案件，当事人达成和解后，就可以根据情况从轻、减轻或者免除处罚，这实际上是在制度内进行的。

2. 刑事附带民事诉讼。最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第90条规定：“在侦查、预审、审查起诉阶段，有权提起附带民事诉讼的人向公安机关、人民检察院提出赔偿要求……经公安机关、人民检察院

---

[1] 孙春英、赵文明：“刑事和解修复伤痕促和谐”，载《法制日报》2008年4月24日，第001版。

调解，当事人双方达成协议并已给付，被害人又坚持向法院提起附带民事诉讼的，人民法院也可以受理。”最高人民法院《关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》第4条规定：“被告人已经赔偿被害人物质损失的，人民法院可以作为量刑情节予以考虑。”最高人民法院、最高人民检察院、司法部制定的《关于适用普通程序审理“被告人认罪案件”的若干意见（试行）》第9条规定：“人民法院对自愿认罪的被告人，酌情予以从轻处罚。”在这些规定中，虽然没有明确采用“刑事和解”字样，但都涉及被告人认罪并积极赔偿损失的情况，而这又是刑事和解的主要内容，因此可以说，刑事和解在审判阶段作为量刑情节的考虑是有现行法律依据的。并且这种做法有一定的效用，所以有些法官会很积极地去促进当事人的和解，如一位法官所说：

在刑事附带民事诉讼中，如果直接作出判决的话，由于中国没有相应的机制能够查清被告人的财产状况，所以即使判了，判决也没有可执行性。如果能达成和解，以和解对被告人是否起诉、是否从轻减轻量刑做参考的话，当事人尤其是其家人就有极大的动力去凑钱赔偿被害人。[1]

有被害人的犯罪进入诉讼程序审理后，正常情况下会分为两个部分，即刑事部分和附带民事诉讼部分，从实质上看，刑事部分处理的是惩罚的问题，而民事部分处理的是赔偿的问题。刑事部分的处理结果往往决定着是否赔偿以及赔偿的金额；而刑事附带民事部分的和解是否产生刑事部分的效果，少有明确的规定，但实践中在量刑方面会酌情考虑。

---

〔1〕 资料来自笔者对一位基层法官的访谈。

3. 刑事自诉和解或调解。《刑事诉讼法》第 172 条规定："人民法院对自诉案件，可以进行调解；自诉人在宣告判决前，可以同被告人自行和解或者撤回自诉。"另外，最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第 197 条规定："人民法院对告诉才处理和被害人有证据证明的轻微刑事案件，可以在查明事实、分清是非的基础上进行调解。自诉人在宣告判决前可以同被告人自行和解或者撤回起诉。"最高人民法院《关于为构建社会主义和谐社会提供司法保障的若干意见》第 20 条规定："拓宽诉讼调解的适用范围，尝试刑事自诉案件和其他轻微刑事案件调解解决的新模式。"自诉案件由于其自身性质所决定，而且由于现行法律有明确的规定，当然地可以适用刑事和解。在试行刑事和解的地区和机关，都将自诉案件纳入可适用刑事和解的范围。自诉案件的和解完全比照民事和解，自诉人对是否追究被告人具有实质上的处分权。

4. 交通肇事罪定罪量刑中的和解。2000 年最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 2 条对交通肇事罪与一般交通事故的区别作出规定："交通肇事具有下列情形之一的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役：①死亡 1 人或者重伤 3 人以上，负事故全部或者主要责任的；②死亡 3 人以上，负事故同等责任的；③造成公共财产或者他人财产直接损失，负事故全部或者主要责任，无能力赔偿数额在 30 万元以上的。"这是至今仍有争议的关于交通肇事案定罪量刑的规定，依据此解释，对于没有能力赔偿 30 万元的情形给出了定罪和量刑的规定，但对于造成公共财产和他人财产的损失，负事故的全部或主要责任，而有能力赔偿 30 万元以上的情形的处理不太明晰。而在定罪量刑中纳入赔偿能力的因素着实造成了"花钱买刑"、法律不平等的嫌疑。但交通肇事是一种特殊类型

的犯罪，在定罪量刑以及当事人之间关系方面都与其他犯罪不尽相同，这一规定虽然在理论上具有不公平的嫌疑，在实践中却是较为实用和有效的。可见，交通肇事案的和解早已是制度化的，至少是半制度化的。

5. 公安机关办理自诉案件和轻微刑事案件中的和解。根据《刑事诉讼法》170 条规定，被害人对告诉才处理的案件和有证据证明的轻微刑事案件可以直接向人民法院提起自诉。据此可以看出，这两类案件是公安机关可受理可不受理的，在受理的情况下，可居中调解并促成刑事和解。对此上文中已作出论述，在此不再赘述。

6. 治安案件和解等广义的刑事和解。对于报到公安派出所的治安案件，根据《治安管理处罚法》等相关法律规定作出裁决。而且《人民警察法》实际上规定了警察对于纠纷解决等求助予以回应的义务。虽然法律没有明确规定对当事人自行和解的情况如何处理，但实际上公安机关对此有着非常大的自由裁量权。公安派出所在平时会遇到非常多的民间纠纷、治安纠纷等，常常扮演纠纷解决者的角色，充分发挥着解决纠纷的功能，而这是法律给予的空间。

（二）传统刑事司法领域中的刑事和解实践：一种司法惯习

近几年关于刑事和解的理论与实践热潮，从某种角度看来，吸收了很多国外恢复性司法与刑事和解的理念和具体做法，似乎对传统的刑事司法产生了很大的突破，甚至给人的印象是刑事和解制度是从国外引进的。但对基层的实践稍作观察便可了解，相似的实践一直以来都存在，只是现今的刑事和解探索力度更大，旗帜鲜明、话语明确，并且具有制度化的特征。但是无论采取什么样的标准，都很难将它们截然区分，换言之，传统和现代的刑事和解实践中只有一个模糊的过渡带。

刑事案件经过侦查、审查起诉、审判各个阶段，就像经过一个过滤器一样，最后交给法院审判的案件远远比立案侦查数少得多，仅从2005年的统计数据来看，公安机关立案的刑事案件中移送到检察院并由其决定起诉的案件只占其中的0.97%。(见图1-4）稍加观察便可发现，传统刑事司法实践中一直有着调解、和解的因素，而且就民事赔偿达成和解后作为起诉、量刑的考量因素的情况也较多。实际上，在全国兴起刑事和解探索之前，刑事和解实践一直以某种惯习的形式存在着。下面通过一些经验材料从公安机关立案侦查阶段、检察院审查起诉阶段和审判阶段的情况挖掘出相关的刑事和解惯习。

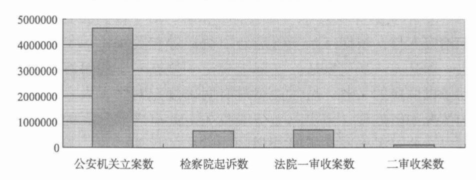


图1-4　公检法三机关办理刑事案件数量对比

*说明：在检察院办理并起诉的数据中包括检察院自侦案件，法院收案数中包括自诉案件。数据来源：刘法合主编：《中国法律年鉴》，中国法律年鉴社2005年版。

1. 审判阶段中的刑事和解惯习。

(1）基于对法官的访谈透视法官的态度与风格对刑事和解惯习的影响。审判阶段的刑事和解可以分为两种情况，一种是当事人就赔偿事项自行达成和解；另一种就是由法官主持调解促进当事人就赔偿事项达成和解，并参考赔偿的情况和双方的态度对被告人作出定罪量刑。

尽管刑事案件无论在性质上还是理念等方面都与民事案件不可同日而语，但在真正的“案结事了”的层面上，刑事法官的追求与民事法官是一致的。真正的“案结事了”，就是当事人不再有上诉、上访等情况，心服口服地接受处理结果，如果当事人双方之间达成和解并能够保证不找后账，说明排除了一切后患。所以，有些法官为了达到这样的效果，会在遵循法律的规定和量刑幅度内追求促成当事人之间的和解。所以可以说，先抛开和解的激励机制等外部因素不谈，仅仅上述内部因素就足以让法官赞成通过调解以促成当事人之间的和解。再加上法官的个性特征、激励机制、政策要求或提倡等，实践中也不乏热衷于耐心做当事人调解工作的法官。

（2）至于具体进行调解的方法和策略，有相当一部分法官还是更愿意采取“背靠背”的方式进行，这样，法官能够占据相对主动的地位。与民事调解略有不同的是，刑事案件的被告人处于相对劣势的地位，并且受到国家法律惩罚的威胁。在这样的情况下，法官可以告诫被告人，如果他认罪态度不好，不真诚地向被害人道歉并积极赔偿损失的话，必将受到法律的严惩。而且，法官不妨告诉被告人他将受到的惩罚在量刑幅度内甚至会超出量刑幅度，从而在心理上对被告人施加压力，而如果这个被被害人听到的话可能不利于化解被害人的仇恨情绪。与此同时，向被害人指出他在这一事件中扮演的角色和所负的责任，以此缓和被害人的情绪及降低他/她过高的期望值。[1] 这

---

〔1〕 很多犯罪是在加害人与被害人的互动下发生的，对此有学者做过相应研究，这也是被害人学的早期主要观点。司法人员运用的是类似被害人学的这一观念，即被害人的被害也有一定的过错，是要承担相应的责任的，司法人员做调解工作时经常使用这一策略让被害人认识到这一点，以降低其过高的赔偿要求以及仇恨情绪。被害人学在18世纪中叶产生，德国犯罪学家汉斯·冯·亨蒂希（Hans von Hentig）

种威慑方式在司法实践中广泛存在，它成为法官在刑事案件中让当事双方达成民事部分和解的有效策略。

尽管刑事调解与民事调解有很大的不同，但从调解的动因上来说，法院和法官是有其利益的因素存在的。根据范愉教授的调查和总结，法院方面对于自身的利益因素认识很清楚，首先，调解有利于当事人息讼，减少上诉、再审、申诉、缠诉等现象；其次，有利于解决执行难问题；再次，调解有利于提高法院工作效率；最后，调解有利于达到良好的社会效果。〔1〕虽然这些大都是针对民事调解而言的，但在刑事诉讼中同样也适用，经过法官的调解，如果被告人及其家人积极赔偿，并得到被害人谅解的话，会有效地防止各种上诉、申诉、上访等现象发生；在刑事诉讼中，若经过法院和法官的调解，就赔偿问题能够达成和解，一般都有一个言明或未言明的条件和效果，即对被告人的定罪量刑会产生一定的影响；而不同背景的法官对调解的态度也有所不同，这种态度取决于他们对调解效率的不同认识。

然而，有学者认为刑事调解——主要是附带民事诉讼中的调解——并不是严格意义上的刑事和解，因为法官在诉讼过程

曾指出："在犯罪进行过程中，受害者不再是被动的客体，而是主动的主体。"参见［德］汉斯·约阿希姆·施奈德主编：《国际范围内的被害人》，许章润等译，中国人民公安大学出版社1992年版，第212页。这是被害人学的早期研究重点，后来其重点又转向被害人的"二次被害"的问题上："被害人所受伤害有的直接来自犯罪行为，也有的是源自被害后受到社会的正式与非正式反应而产生的所谓'二次被害'；既有对被害人身体和财产等形成的有形损害，也有心理、名誉上所遭受的无形损害。"参见李建玲：《被害人视野中的刑事和解》，山东大学出版社2007年版，第5页。

〔1〕范愉："法院调解制度的实证性研究"，载王亚新等：《法律程序运作的实证分析》，法律出版社2005年版，第221～224页。

中所做的调解工作只是针对经济赔偿问题，而和刑事责任的追究没有关系。[1] 这一论断不无道理，因为在理论上和制度设计上，民事赔偿问题列为独立的诉讼程序，原本通过刑事诉讼的定罪和量刑在前，后在附带民事诉讼中根据刑事责任的情况作出判决。而在实践中，将民事赔偿问题同刑事责任的承担问题即定罪量刑截然分开的情况还较普遍。但不能忽视的是，法官的经验是日积月累的，经验丰富和头脑灵活的法官非常明白其中的微妙联系，而且在办案的过程中，确实以这个作为对当事人双方做工作的重要途径。他们巧妙地利用当事人的心理，以赔偿和量刑之间的微妙关系作为筹码在双方之间“周旋”，最后达到双方较满意的赔偿和定罪量刑的也不乏其例。而通过法官调解达成和解协议后，以不同形式对定罪量刑产生影响的，都属于广义上的刑事和解，所以在传统刑事司法实践中，一直存在类似刑事和解的实践，只是并不是显性的，也缺乏确定性和稳定性。

（3）和解的效力：是否影响量刑的问题。我国现有刑事法律制度中没有明确地规定刑事案件的民事赔偿部分达成和解是否影响量刑，更没有明确规定如何根据赔偿或和解的情况对被告进行量刑。但刑罚裁量的原则规定给法官提供了很大的裁量空间，其可以根据和解和赔偿的情况对被告人进行定罪量刑。因此，这恰恰也是在实践中导致法官的行为和风格出现差异的

---

〔1〕 参见马静华：“刑事和解制度论纲”，载《政治与法律》2003 年第 4 期。作者认为：“由于缺乏相应的规定，被告人即使同意赔偿再多、赔偿协议的履行再积极也不能指望必然得到从轻或减轻刑罚的处理结果，因此，被告人往往在法庭调解中表现得并不积极，能够与被害人达成协议的也为数不多。”这个与笔者的经验考察不很符合，因为笔者所访谈的刑事法官都非常肯定地说，因被告人赔偿得如何积极，最后判得如何如何轻等，都认为在法律规定的量刑幅度内一般会考虑赔偿的情况，尽管并不是“必须”。

原因。许多头脑比较灵活、讲求实际效率的法官都会将民事部分的调解与和解情况同刑事判决勾连起来，将民事部分的调解与和解作为量刑考量的因素，从而给予和解实际上的法律效力。

（4）从判决理由看刑事和解惯习。这里试图通过具体的案例和判决书对上述问题进行印证和强化。

［谢立强假想防卫过失致人重伤案］

1999 年 12 月 6 日晚 11 时许，被告人谢立强起身入厕，见陌生人史江淮骑自行车从其居住的无锡市新市场后 1 号门口经过，认为其形迹可疑，遂尾随其后查看。并取了一根晾衣用的铁叉返回现场，见史江淮正欲推自行车离开，遂用铁叉向史头部打去，正击中史的嘴部，致史江淮 7 颗牙齿脱落。但事后却发现史原来是送牛奶的。经法医鉴定，史江淮的损伤已构成重伤。案发后，谢立强已赔偿史江淮的经济损失 1 万元。无锡市北塘区人民检察院以被告人谢立强犯故意伤害罪向无锡市北塘区人民法院提起公诉。无锡市北塘区人民法院经公开开庭审理认为：被告人谢立强基于臆断，将事实上并不存在的不法侵害而误认为存在，出于防卫的目的致人重伤，被告人谢立强对此应当预见而未预见，属疏忽大意的过失，已构成过失致人重伤罪。依照《刑法》第 235 条之规定，于 2001 年 4 月 29 日作出刑事判决如下：被告人谢立强犯过失致人重伤罪，判处有期徒刑 1 年。

宣判后，无锡市北塘区人民检察院以原审判决认定罪名不正确，提起抗诉。其抗诉理由是：被告人谢立强持铁叉返回现场时，史江淮已经欲推车离去，当时并不存在不法侵害，其用铁叉对史江淮要害部位打击，致史重伤，并非出于防卫的目的，而是明知自己的行为会发生危害社会的结果，却希望这种结果

发生，主观上具有伤害他人身体的故意，应以故意伤害罪定罪，当处3年以上10年以下有期徒刑。

无锡市中级人民法院经二审审理后认为：被告人谢立强出于主观臆断，将他人的正常行为误认为不法行为，后又出于见义勇为的正当动机，在实施防卫行为的过程中，造成他人重伤的严重后果，其行为确已构成过失致人重伤罪。鉴于被告人谢立强出于正当动机，过失造成他人重伤，且在案发后已赔偿被害人的经济损失，根据其犯罪情节对其适用缓刑确实不致再危害社会，故依法可以宣告缓刑。最后，该院维持了无锡市北塘区人民法院对此案的定性部分；并以被告人谢立强犯过失致人重伤罪改判为有期徒刑1年，缓刑1年。[1]

在此案中，被害人与被告人早在审判前就对经济赔偿达成和解并履行，即由加害人谢立强赔偿了被害人史江淮的经济损失1万元。然而，这一情节在一审法院和二审法院的判决中体现得不尽相同。两级法院在罪名的定性上都认为被告构成“过失致人重伤罪”，但在量刑上却产生了差异。一审法院判处被告人1年有期徒刑，在判决理由中并没有提到被告人已履行经济赔偿的事实；而到了二审判决，其在罪名的定性问题上维持了一审判决，但判决理由中又加了“在案发后已赔偿被害人的经济损失”这一事实，作出有期徒刑1年缓刑1年的改判。从这里可以看出：一是两级法院在对经济赔偿问题上的态度有所差异；二是从今天刑事和解的概念和实践视角看来，二审法院的做法比较接近于近几年的国内关于刑事和解的制度化实践；三是上级法院的态度更加体现了官方对某一具体问题的态度和导

〔1〕 案例来源：《中国法律法规库》。

向，本案中，中级人民法院通过改判传达了一个信息，即经济赔偿可以产生从轻、减轻等量刑的效果。这也说明了刑事和解惯习在司法实践中存在“权威”的支持和认可。

2. 审查起诉阶段的刑事和解惯习。与审判的公开进行不同，审查起诉阶段不具有公开性，而且是否起诉属于检察官的自由裁量权范围的事情。2002 年之前，没有明确的刑事和解这一提法，尽管有相应的实践，但毕竟不是法律明确赋予的。对于当事人之间的类似“私了”现象，只要没有明显超出法律的范围，权力机关很可能就睁一只眼闭一只眼过去了，这也是众多权力机关和办案人员在个别案件中面对当事人的规避法律等行为时采取的策略。

在笔者所访谈的检察官中，在理论上无一例外地都赞同刑事和解，认为不少犯罪嫌疑人涉嫌罪行轻微、主观恶性不大，如果对被害人道歉、积极赔偿损失，从而得到了被害人的原谅，就没有必要再严格追究刑事责任，否则既是对司法资源的浪费，也不利于被告人的悔罪和对被害人的补偿。所以，可以说检察官对刑事和解的观念是开放的，态度是很积极的。很多检察官的直观感受是，近年来随着和谐社会的提倡，检察工作中确实也明显注入了很多重调解与和解、促和谐等因素。

但是现实和理想、观念和行动毕竟是两回事。在具体的实践中，因种种制度限制和个体的因素，在行动方面的表现（即是否积极调解，促成当事人之间的和解协议等行动选择）与观念上的表现还是有一定的反差。因此，在传统刑事司法实践中，以及尚未大力推行刑事和解的司法机关中，大多数检察官尽管理论上同意刑事和解不起诉等的正当性和制度意义，但实际上都抱着多一事不如少一事的心态并不热衷于主动采取这种方式。

3. 公安机关的相关惯习。在某种意义上，可以说公安机关

是刑事案件的一个巨大的过滤器，大量的案件流入公安机关，包括刑事案件、治安案件，甚至还有大量的民间纠纷；是否要撤销案件、是否要调解解决、是否要治安处罚、是否要作为刑事案件移送检察院等，都是在公安机关进行的。比起在公安机关立案侦查阶段接受和处理的大量案件，移送检察院审查起诉的案件少之又少（参见图1－4）。

根据刑事诉讼法，被害人对告诉才处理的案件和有证据证明的轻微刑事案件可以直接向人民法院提起自诉。而在实践中，会有很多上述案件到了公安机关，需要由其作出处理，在这种情况下，公安机关面临两种选择：一种是出面调解促使当事人达成和解；另一种就是不予受理，并告知当事人直接到法院起诉。而《人民警察法》第21条规定："对公民提出解决纠纷的要求，应当给予帮助。"所以，这就为公安机关调解自诉案件和轻微刑事案件提供了制度空间和一定的制度约束，也促成了公安机关的纠纷解决功能和角色。相关实证研究也表明了，公安派出所发挥着大量纠纷解决的功能。[1]

---

〔1〕参见左卫民等：《变革时代的纠纷解决——法学与社会学的初步考察》，北京大学出版社2007年版，第156页。"轻伤害行为构成刑法意义的犯罪，依法应属被害人自诉范围。按照'不告不理'原则，如果被害人及其亲属不提起诉讼，伤人者一般不会受到刑事追究。由于伤害程度不明，轻伤案件通常由公安机关（有时是派出所，有时是刑警队）立案调查，及至被害人伤愈之后进行伤残鉴定并确认为轻伤时，调查取证任务已基本完成。此后产生三种分流：第一类是被害人与加害人达成私下和解；第二类是被害人借助侦查案卷向法院提起诉讼；第三类则是双方要求派出所解决。对于诉求到派出所的轻伤案件，民警们将其归入治安纠纷范畴，处理程序也基本按治安纠纷的调解程序进行，主要的区别是在达成调解协议时，被害人须在调解书中注明'不再追究对方（刑事）责任'字样。于是，轻伤案件作为一种刑事纠纷被纳入派出所调解范围，调解解决的不仅是民事责任的划分与承担问题，还连带促成了刑事和解。"

（三）刑事和解裁量权

任何适用刑事和解的国家，一般都赋予了警察、检察官和法官一定的自由裁量权，由他们根据法律规定的情况来决定是否适用刑事和解，并与当事人协商，为当事人提供和解、谈判或者叙说的平台，最后根据刑事和解的内容来决定如何处理此案。可以说，刑事和解是直接与自由裁量权挂钩的制度。首先，是否适用刑事和解，以及是否批准当事人提出的刑事和解申请，要由司法机关的办案人员裁量决定；其次，如果认为可以适用刑事和解，司法人员要在征求双方当事人意见的基础上裁量决定采用何种具体方式进行和解；再次，办案机关主持并控制整个刑事和解的过程，包括决定具体程序和方式，是否需要委托社区或其他社会力量、专业人员参与介入，是否需要多次进行，对双方当事人提供法律信息和指导，以及对和解方案的合法性与合理性进行审查等；最后，在刑事和解达成之后，决定是否终结刑事诉讼程序、是否采纳和解协议、以什么方式终结诉讼程序，等等。在这一系列过程中，均不同程度地需要自由裁量权的行使。

刑事司法中的裁量权即刑事裁量权，[1] 在刑事和解制度中由公权力机关的办案人员来把握和行使，可以将它称为“刑事

---

〔1〕 周长军博士将其界定为：“刑事裁量权，是指广义的刑事司法机关及其成员在刑事案件的处理过程中，根据法律的授权和案件的具体情况，在两个或两个以上的选择项中进行斟酌并作出合理决定的权力。该权力不能超越法律规则、原则与政策，是一种相对权，而非绝对权，且贯穿于刑事司法的全过程。”周长军：《刑事裁量权论——在划一性与个别化之间》，中国人民公安大学出版社2006年版，第53页。

和解裁量权”，是刑事裁量权在刑事和解中的具体体现和延伸。[1] 在我国公众对司法机关公信力高度不信任的背景下，一方面，司法实践中的刑事和解裁量可能突破法律的严格规制，容易导致司法处理结果的不统一和不确定，必然会引起部分学者和公众的质疑，包括是否会导致“花钱减刑”、“花钱免罪”等社会不公平，是否会破坏法治的统一性、严肃性和普遍性等质疑；另一方面，由于缺少立法的明确规定，司法机关的刑事和解裁量权相对有限，导致刑事和解适用范围小，很多案件的刑事和解需求难以满足，限制了其发展。因此，较为理想的状态应当是通过立法进一步明确确立执法与司法机关的刑事和解裁量权，明确刑事和解裁量权的限度和范围，并对其行使方式和程序加以严格的规范。[2]

（四）政策

1. 政策的概念与特征。政策，从基本意义上讲，是指政治

---

〔1〕 在法学界，一般对法官自由裁量权的研究占很大的比重，即对法官的定罪裁量权和量刑裁量权的研究很多，而对警察自由裁量权和检察官自由裁量权的研究相对较少。实际上，如国外学者对刑事案件的实证研究所表明的那样，刑事案件从侦查、起诉到审判的过程中，有种“漏斗效应”，或者说“案耗现象”，即刑事案件经过上述刑事程序在案件数量上减少的现象，“在每个阶段，都会有一些案件被排除，一些则改变了管辖，另外一些进入下一阶段。美国司法部的资料表明，重罪案件的案耗率极高。大多数案耗发生在刑事程序的早期阶段。许多犯罪并没有被报案，在报告的案件中，实施逮捕的尚不足20%。在检察复审阶段，又会有一些案件被过滤掉，还有许多案件转给刑事程序之外的机构处理，其他的则被裁定为不适于进行刑事追诉。不过，到了法院，案耗率便较为有限了，在检察机关提起诉讼之前对案件已作了严格筛选的情况下更是如此。”因此，这种案耗现象很大程度上在刑事裁量权的运作中出现。相比法官的自由裁量权的透明和公开，警察和检察官在刑事案件的案耗过程中使用的刑事裁量权显得更广泛和神秘。

〔2〕 详见萨其荣桂：“刑事和解裁量权引论”，载《河北法学》2010年第4期。

国家或社会公共组织为管理公共事务而制定的指导方针和行动方案。[1] 关于政策的特征，根据范愉教授在若干年前作出的概括，有如下特征：①政策与一定的组织机构相联系，具有权力要素；②政策通常有某种目的性，一般会直接明确地表达决策者的利益动机和价值取向；③具有一定的策略、方法。广义的政策还包括执行机制，在此意义上与“行政”概念有某种重合，从而使得政策在具体形式和外延上具有了模糊性。[2]

另外，笔者认为政策还有以下几点特征：①相比较而言，政策比法律更加灵活，可因社会环境的变迁或者特殊事件的发生而灵活地出现或者变化。国家法律是特定的社会规范，由于其产生程序的严格和各种约束机制，而具有相对稳定的特点，这一特点既是法律的优势，也是其劣势所在。因为稳定的另一面即是僵化、不灵活。而政策即是对这种不灵活的补充，因为其可以针对特定阶段的社会需求而采取变通的方式来应对这个纷繁复杂的社会生活。但是，政策的灵活性是针对法律的稳定性而言的，它并不意味着朝令夕改，正如黄京平教授所说：“刑事政策虽然从一般的法律与政策的关系上来讲，是一种比法律更为灵活的事物，但是在刑事法领域，一个总的政策也必须是相当稳定的，否则在制定、适用刑事法律上就会出现偏差。”[3] ②政策反映着国家在一定时期和一定社会背景下对社会、经济关系和事物的看法，比如刑事政策即反映了一国在特定时期、特定阶段对犯罪的态度。

---

〔1〕 梁根林：《刑事政策：立场与范畴》，法律出版社2005年版，第1页。

〔2〕 参见范愉：“论我国社会调整系统中的政策与法”，载《中国人民大学学报》1988年第6期。

〔3〕 黄京平：“宽严相济刑事政策的时代含义及实现方式”，载《法学杂志》2006年第4期。

2. 宏观政策导向。刑事和解在中国的实践及其制度化努力，与中共中央提出的构建社会主义和谐社会、科学发展观和维护稳定的大局无疑有着直接的关系。调研发现，尝试刑事和解实践的司法机关和法官、检察官等司法人员，都根据经验感到最近几年刑事案件中和解因素逐渐增多，并都运用“构建和谐社会”等话语来解释刑事和解这一制度的兴起和运用。媒体在对刑事和解实践所作的报道中也充分运用了和谐话语，并强调其社会效果。如淮南市通过开展刑事和解工作，一方面减少了“构罪即捕”案件数量；另一方面及时化解了社会矛盾，促进了社会和谐（正义网，访问日期：2008 年 11 月 11 日）。广陵区检察院以和解方式妥善处理轻微刑事案件 11 件，不但受到当事人的赞誉，还有效节约了司法资源，实现了社会效果和法律效果的双赢，为广陵古城的和谐安宁作出了积极贡献（正义网，访问日期：2007 年 11 月 29 日），等等。这表明，刑事和解制度的兴起，在满足了社会需求的同时，也顺应了“和谐”的政策和话语，也说明政策和主流话语归根结蒂也是由社会需求所决定、并由社会实践所左右的。

3. 新中国刑事政策的变迁。司法政策主要是指司法机关根据国家宏观政策、社会需求和形势，对司法机关执法和司法活动提出的具有指导性的路线、方针和工作原则。例如“宽严相济”、“严打”、民族政策等都属于司法政策范畴，在我国司法实践中，司法政策具有重要的意义和功能。刑事政策是“国家和地方公共团体通过预防犯罪，维持社会秩序的稳定、安宁所采取的一切措施”[1]，面对不同的社会背景和实际情况，采取的

---

〔1〕［日］大谷实：《刑事政策学》，黎宏译，中国人民大学出版社 2009 年版，第 3 页。

措施和方法有所不同，所以，刑事政策反映了国家在一定时期和一定社会背景下对犯罪的态度。

作为国家对犯罪的态度、社会治安的管理策略，新中国成立以来，在不同时期和不同背景下经历了几种不同的刑事政策。普遍认为新中国成立以来，刑事政策经历了三个阶段。

第一阶段为“惩办与宽大相结合”的刑事政策。在 1979 年《刑法》第 1 条开宗明义地将“惩办与宽大相结合”政策作为刑法的立法依据之一，此后这一政策指导我国刑事立法、司法长达二十多年。[1] 1997 年的《刑法》虽然没有明确规定这一政策，但也处处体现着这一精神。可见，总的刑事政策的稳定性在一定意义上并不比刑事法律逊色。不过这并不代表总的刑事政策不会因为时代的变化而发生质的变化。这一政策的核心内容为“区别对待，宽严相济，惩办少数，改造多数”。从罪刑均衡的角度来看，如果说传统的罪刑均衡理论体现出的是一种线性对价关系，那么惩办与宽大相结合的刑事政策体现出来的对价关系则呈曲线形：

在新形势下，惩办与宽大相结合的基本刑事政策的基本精神要被理解为在刑事立法和刑事司法过程中，在严格区分罪与非罪、重罪与轻罪的界限的同时，将根据刑罚的世轻世重之要求，将一些犯罪行为进行非犯罪化、非刑罚化、非监禁化，而通过相关的行政处罚或其他制裁手段进行处理。对于一些介于刑事责任或其他责任之间的边缘行为，尽量本着改造和教育的原则，更好地达到刑法的效果；而对某些重罪行为或危险犯罪

[1] 参见黄京平：“宽严相济刑事政策的时代含义及实现方式”，载《法学杂志》2006 年第 4 期。

人则要比原本的重罚更为加重处罚，以更好地防卫社会。[1]

第二阶段为“严打”的政策，这一政策的背景是从20世纪80年代起中国进入社会转型期，不同阶层与利益集团之间的矛盾日益凸显，犯罪率日益提高。当时的情况是，城市化进程加快的同时，流动人口日益增多，社会、文化冲突等问题日益加剧。当然，我国的“严打”政策并不是一个长时段连续的运动，而是根据特殊时期的需要而灵活启动。从20世纪80年代起，经历了三次严打斗争：①1983年严打。1983年，党中央的文件《关于严厉打击刑事犯罪活动的决定》中，明确了打击对象，即流氓团伙分子，流窜作案分子，杀人、放火、投毒等严重暴力犯罪分子，贩卖妇女、儿童的人贩子，制造、复制、贩卖反动淫秽物品的犯罪分子，现行破坏活动的反动会道门分子，通缉在案分子，现行反革命分子等，并由全国人大常委会通过了《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》和《关于迅速审判严重危害社会治安的犯罪分子的程序的决定》。②1992年严打。面对犯罪率上升、重大刑事案件继续增长，中央发起了一次以严重暴力犯罪、抢劫、涉黑团伙犯罪等为对象的严打斗争。有数据证明，通过此次严打，1996年全国刑事立案数比上年下降5.4%，重大刑事案件比上年下降1.7%。[2] ③2001年严打。这一次的打击对象仍然是涉黑组织犯罪、团伙犯罪、严重暴力犯罪，以及盗窃等多发性犯罪。打击的做法除了前两次的“从

〔1〕 赵秉志、廖万里：“中国当代基本刑事政策视野内的刑事法律完善”，载赵秉志主编：《中国刑事法治发展研究报告（2005～2006年卷）》，中国人民公安大学出版社2006年版，第384页。

〔2〕 数字可参见《中国法律年鉴》；另参见汪明亮：《“严打”的理性评价》，北京大学出版社2004年版，第1章。

重从快”之外，还强调“稳、准、狠”和“依法”原则。[1]

第三阶段为近年来提出的“宽严相济”的刑事政策。各地司法部门纷纷开始尝试的刑事和解实践，是宽严相济刑事政策的一项具体体现，并顺应了时代的潮流。这在最高人民检察院发布的三个文件中得到贯彻和体现，即2006年12月通过的《关于在检察工作中贯彻宽严相济刑事司法政策的若干意见》、《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》、《关于依法快速办理轻微刑事案件的意见》，在其中就强调了检察机关在办理刑事案件过程中的解决纠纷、化解矛盾、积极调解等角色和功能。

《人民法院第三个五年改革纲要（2009～2013）》中确定的深化人民法院司法体制和工作机制改革的目标之一就是落实宽严相济刑事政策：

> 建立和完善依法从严惩处的审判制度与工作机制，适时制定从严惩处严重犯罪的司法政策，完善有关犯罪的定罪量刑标准；建立和完善依法从宽处理的审判制度与工作机制，完善未成年人案件审判制度和机构设置，研究建立老年人犯罪适度从宽处理的司法机制，研究建立刑事自诉案件和轻微刑事犯罪案件的刑事和解制度，完善在法定刑以下判处刑罚的核准制度，研究建立轻微刑事案件的快速审理制度，依法扩大缓刑制度的适用范围，适当减少监禁刑的适用，明确适用非监禁刑案件的范围；建立健全贯彻宽严相济刑事政策的司法协调制度与保障制度。[2]

---

〔1〕参见汪明亮：《“严打”的理性评价》，北京大学出版社2004年版，第一章。

〔2〕《人民法院第三个五年改革纲要（2009～2013）》。

由此可见，刑事司法理念日渐趋向灵活、人性化，在惩罚方式方面，也日益走向轻缓化、非监禁刑化。一定程度上，也说明了我国的刑事和解实践主要并不是来源于西方国家的恢复性司法理念及其司法改革经验，而是建立在我国既有制度、现实社会需求和文化传统的基础上，绝大多数属于司法机关对现有制度的灵活运用、激活或适度拓展以及在个案中的衡平适用，原则上并未超出现行法的框架，这也说明现行法律框架内本身就存在刑事和解制度发展的空间。

四、刑事和解的制度困境：从重刑案切入

尽管具有较充分的制度基础和依据，但在具体的实践中，还是遇到了一些困境和难题，而这种困境和难题在重刑案中表现尤为突出，所以，这一部分尝试通过最近的两个轰动全国的交通肇事案来透视这一问题。

（一）案件概况

1. ［杭州飙车案］

2009年5月7日晚8点左右，年仅20岁的胡斌驾驶大红色三菱跑车在杭州繁华的街头与朋友“飙车”，将看完电影、正在穿过斑马线回家的25岁浙江大学毕业生谭卓当场撞死。随后杭州当地警方认定胡斌驾驶时速为“70码”，引起舆论哗然。一时间，各大媒体、论坛、浙江大学的学生均对这起交通事故予以极高的关注，事故也在全国范围产生了广泛的影响。

7月15日，杭州西湖区人民法院对该案进行了公开审理，被害人谭卓的亲属、生前同事，被告人胡斌亲属，人大代表、政协委员等社会各界群众六十余人对庭审情况进行旁听。20日，法院作出一审判决并公开宣判，以交通肇事罪判处被告人胡斌

有期徒刑3年。另外，案发后胡斌亲属已赔偿并自愿补偿被害人亲属经济损失共计人民币1 130 100元。对于这一判决结果，胡斌父母虽认为不公平，但却表示暂时不会上诉。而谭卓的父亲谭跃则于24日下午分别向西湖区检察院、杭州市检察院、浙江省检察院、最高人民检察院寄出了抗诉申请书；向西湖区法院、杭州市中级法院、浙江省高院、最高人民法院寄出了申诉书；还向杭州市人大、浙江省人大、全国人大寄出了情况说明书。谭跃表示，他“期待上级司法部门对胡斌的罪行有一个合法公正的定性”。

2. ［孙伟铭醉驾案］

2008年12月14日下午5点左右，成都市成龙路上，参加完长辈八十寿宴的孙伟铭驾驶自己的黑色别克一路飞驰。他先撞上了一辆比亚迪轿车，又继续呈“S”形高速前行约两公里，并越过双实线与正在等红灯的“长安奔奔”等四车相撞。结果，“长安奔奔”上同是参加长辈八十寿宴的张景全夫妇和金亚民夫妇等四人当场死亡；另一人代玉秀重伤，目前仍神志不清、无法行动。

事后警方鉴定，孙的黑色别克在撞击瞬间的速度为134～138km/h，孙血液中酒精浓度达到135.8mg/100ml，大大超过标准值80mg，属醉酒驾车，而孙同时还是长期无证驾驶。于是“疯狂别克”一词在全国引起轰动，成都中院更是一审将其判处死刑，罪名是“以危险方法危害公共安全”。孙伟铭上诉到四川省高级人民法院后，此案很快进入了二审程序。

二审前，受害者家属韩常进、金宇航、张志宇在《谅解书》上签字，表明了孙伟铭肇事后有积极主动赔付的举动。当事双方达成民事调解协议后，孙伟铭案民事调解部分告一段落。四川省高院认为，案发后，被告人孙伟铭委托其父孙林变卖财产

筹款，倾力赔偿受害人经济损失，获得被害人家属书面谅解。孙伟铭及其辩护人所提真诚悔罪表现、原判量刑过重的意见成立，所以根据相关法律，维持成都中院一审定罪部分，撤销量刑部分，改判为无期徒刑。

（二）对比与分析

两个案件既有相似之处，也有不同之处，相似的是都与“交通肇事”有关，并导致了严重的后果：“杭州飙车案”夺去一名年轻人的生命，“醉驾案”造成4人死亡、1人重伤。“当具有公共性、非常规性、冲突性、鲜活性和观赏性的法律事件发生之时，通常会先进入媒体的视野，通过媒体的报道和评论，便会引起民众的关注，于是围绕着这一事件，舆论开始产生。”〔1〕这两个案件的起因都属于普通民众平时最为痛恨的行为，一种是“飙车”、一种为“醉酒驾车”，平时这两种行为给普通民众带来了无形的压力，带来了生命安全受到漠视的恐慌。所以，这两个案件一旦发生，便立刻成为公共事件，案件的处理结果不再是仅仅关系到当事人的事情，而是与无数个民众共同的利益和情感紧密相连。而两个案件的不同之处在于定性的不同：前者定性为“交通肇事罪”，一审判处3年有期徒刑；后者定“以危险方法危害公共安全罪”，一审判死刑，二审改为无期徒刑。

首先来看飙车案。此案最大的争论焦点是对罪名的定性问题，公共舆论认为此案应定性为“以危险方法危害公共安全罪”。但公安机关的定性、检察院的起诉罪名、一审法院的定性

---

〔1〕萨其荣桂：“法律事件中的民间舆论群体及其话语实践”，载《内蒙古社会科学》2007年第1期。

均为“交通肇事罪”。如果仔细分析，这两种罪名的定性都有其依据，都是在法律框架内运作的。如果从法律的角度看，此案中的警察、检察官和法官都不为错。在法律没有明确的规定和态度的时候，法律往往沦为案件处理方案的正当化话语工具，并且通过法律解释的方法，为特定的结果或者至少是大致的方向而努力。所以，在引起较大群众激愤时，法官的选择更多地属于一种社会性的选择。这一案件已不仅仅是法律事件，它超出了这一案件本身的意义，成为社会公共事件，其结果与社会和公众密切相关。案发后，被告人的家属自动赔偿了被害人的家人1 130 100元，这种民事部分的赔偿据法院称并没有成为量刑的依据。因此在这个意义上，此案并不能够算作典型的刑事和解个案。但是，在这里有一个微妙的问题，即被告人的罪名最后定性为“交通肇事罪”，而不是被害人家属与多数舆论主张的“以危险方法危害公共安全罪”。实际上，如何定性并不仅仅是法律的选择，如果一个法官只根据法律规定而选择罪名的话，未免过于死板。法官都是社会性的动物，与社会大众的观念和思维方式没有太大的不同。所以，至少他会考虑案件在社会上的反响与观点。这两个案件超出它本身的意义，更在现代法治建设的角度上，成为争论的焦点。本书无意于对其作出价值评价，只是按照法社会学的描述—解释模式对其进行社会学上的解释，对其折射出的问题进行分析。所以，这只是一次事实分析。[1] 总之，站在法律的立场上，一审法官的判决并无超越法律的迹象，而且他在新闻发布会上说明的判决理由也没有明显

---

〔1〕 梁治平在《追求自然秩序的和谐》一书中对自己的研究作出的定位是“事实研究”，但同时又反思了各种相关问题。

漏洞。[1]

其次来看醉驾案，尽管对于将其罪名定性为“以危险方法危害公共安全罪”伴随着一些争议，但大多数民众似乎都更愿意接受这一后果，正如有评论人所说：“不论终审判决如何，孙伟铭案引发的关注已超出了案件本身。这起案件让人们对‘醉驾’有了新的认识，向国人酒后驾车的陋习敲响了警钟，注定将成为中国‘汽车时代’里一个具有里程碑意义的案件。”[2]实际上，从纯粹法律的角度审视，此案的定性和判决依然没有明显的漏洞和矛盾之处。与其说是法律性选择，不如说是两级法院法官的社会性选择。

最后，从两个案件中法院对和解的态度来看，表面上表现出很大的不同，即“飙车案”中的一审法官明确表示量刑时没有考虑到被告人的悔罪赔偿等因素：

根据《刑法》第133条的规定，对胡斌交通肇事行为应处3年以下有期徒刑或者拘役。案发后胡斌亲属积极赔偿了被害人家属的经济损失，最高人民法院《关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》第4条规定，被告人已经赔偿被害人物质损失的，人民法院可以作为量刑情节予以考虑。但是胡斌无视交通法规，

---

〔1〕杭州市西湖区法院在宣判后的新闻发布会上，审判长潘波就庭审争议的焦点和社会舆论关注的问题详细解释了有关法律依据，陈述了判决理由。包括为什么定“交通肇事罪”而不是“以危险方法危害公共安全罪”，这样的交通事故是否构成“有其他特别恶劣情节”，被告人胡斌是否有自首情节，刑期为什么是3年等问题。参见“杭州飙车案审判长详解审判结果”，载新浪网新闻中心，http://news.sina.com.cn/c/2009-07-20/191018259483.shtml.

〔2〕“孙伟铭醉驾案二审与争议：人情与理性的权衡（2）”，载人民网，http://unn.people.com.cn/GB/106982/10010832.html.

案发时驾驶非法改装的车辆在城市主要道路上严重超速行驶，沿途时而与同伴相互追赶，在住宅密集区域的人行横道上肇事并致人死亡，造成恶劣的社会影响，犯罪情节严重，应从重处罚。故积极赔偿被害人经济损失等理由尚不足以减轻其罪责。辩护人还在庭审中提到胡斌曾在体育比赛中获奖的意见等，这些更不能成为从轻处罚的依据。[1]

而在“醉驾案”中，二审法院结合被告人的悔罪、赔偿及获得被害人家属的谅解等情况及其他法律上的情节，将一审判处的死刑改判为无期徒刑，换言之，被害人家属的谅解被二审法院纳入量刑的考量因素。

（三）公共事件与刑事和解

如果没有今天的“刑事和解”这样的明确提法和制度化实践，这两个交通肇事案除了是引起社会轰动的案件之外，与普通的刑事案件并无不同。然而，这两个案件恰恰发生在最近，即刑事和解实践逐渐进入各地司法机关的视野中的时候，所以，也与“刑事和解”产生了近距离的接触。

两个案件的相同和不同之处告诉我们，刑事和解制度的运作依靠众多配套制度的配合，被害人或被害人家属是否谅解还会受到许多微妙因素的影响，如前期程序中公权力机关表现出来的态度就是一个很重要的因素。如果公权力机关事先表现出对加害人的态度，那么会直接影响到被害人家属对于加害人的态度。这是个心理学意义上的微妙过程。如“飙车案”中的被害人父亲，即使得到了巨额赔偿，仍然没有谅解被告人，仍然

---

〔1〕“杭州飙车案审判长详解审判结果”，载新浪网新闻中心，http://news.sina.com.cn/c/2009-07-20/191018259483.shtml.

表示继续抗争，这不能不说与法院的定罪同被害人家属和社会的期望相去甚远有一定的关系。而在“醉驾案”中，被告人获得了来自被害人亲属的书面谅解，这也直接地与一审量刑让人直观地感到过重有关。当然，是否能获得被害人及其家属的谅解取决于现实中的诸多因素，这些因素既包括必然性因素（如当事人的社会结构），也包括很多或然性因素（如来自办案机关和办案人员的态度、对方的态度及言行等）。人类的情感是复杂的，刑事和解中除了经济赔偿等物质方面，掺杂着太多的情感因素，很难说一个结果直接由特定的某一个或多个原因引起。通过这些观察和分析，我们也许能够看到刑事和解制度化进程中的几个问题乃至困境，这些在刑事和解的制度建构中也是不能忽视的。

首先，刑事和解制度一方面与经济赔偿等物质方面直接相关，但是否达成谅解还难以确定，并且由于经济赔偿相对来说容易把握，实践当中一般也会将它作为案件处理的考量标准。所以实践中的模糊不清加之旁观者的片面视角，[1]“花钱减刑”、“赔钱买命”等猜疑是难以避免的。这就增加了司法机关的工作难度，如何做到尽量把双方当事人的损失降低到最小，利益提高到最大，又不让舆论牵着鼻子走，等等，都是摆在司法机关和司法官员面前的重大难题。进而延伸到制度建构的方面，这方面也是一个难以把握和规定的问题。

其次，民众的声音是把双刃剑，有时它可以代表民众切身的利益、道德观念等，也可对司法裁判提供一些有益的参考，

---

〔1〕旁观者由于自身的性质所限，注定他的视角是片面的，尤其在刑事和解这一实践中。换言之，司法场域外的普通民众永远都只是站在自己的立场上，根据媒体的报道或者观察到的片段来进行判断和思考。

但有时它还会表现出非理性以及片面等缺陷。民众的需求与司法本身的逻辑毕竟有些差异，有时会对司法的正常运行造成不良影响。所以，刑事和解制度不能一味将二者等同，没有这个必要也没有实现的可能性。

最后，刑事和解实践中有许多难以把握之处。如果仅仅以经济赔偿为标准，这将成为如今这个金钱物质时代的最真实和直接的写照。但像有些司法机构和恢复性司法等强调的那样，也要看加害人是否认真悔罪道歉、被害人是否真心自愿地谅解了对方的话，也是一个非常难以把握的问题。如此会面临法律的确定性和罪刑法定等传统司法的拷问而张口结舌。所以，这也许是刑事和解制度天然的缺陷，也是它注定不可能取代传统刑事司法的原因所在。

（四）重刑（罪）案中适用刑事和解是否可能

“孙伟铭醉驾案”带来的思考和启示是众多的。除了上述问题之外，它提出了或者在某种程度上肯定了一个至今争议颇多的问题：重刑案适用刑事和解是否可能？

首先来看什么叫重罪。重罪一般是指社会危害性及其程度比较严重的犯罪，或者以一定的刑期为依据，在此刑期以上的犯罪。轻罪是与重罪的概念相对应的，即一般指社会危害性及其程度较轻的犯罪，或者以一定刑期为依据，在此刑期以下的犯罪。[1] 然而，对于重罪与轻罪的区分，各国界定不尽相同，如德国以犯罪的动机来区分轻罪或重罪，如是被挑逗、引诱引起还是自发性的，偶犯还是累犯等。而俄罗斯将可能被判 2 年

---

〔1〕 参见辛金学：《中国刑法的此罪与彼罪》（第 2 版），法律出版社 2008 年版，第 51 页。

有期徒刑的案件界定为轻罪案件。[1] 中国在严格意义上并没有重罪与轻罪的概念，总结起来，一类根据刑期区分，轻罪指可能判处3年以下有期徒刑或者拘役、管制等刑罚的案件；另一类根据性质区分，将过失犯罪、青少年犯罪等归入轻罪范畴。也有人主张应当把犯罪的性质与刑期结合起来，并把两种具体犯罪行为相比较，或者把同一种犯罪的不同情节相比较，因为对某些孤立的犯罪行为很难界定是重罪还是轻罪，比如盗窃罪。[2]

从中国现阶段刑事和解的情况来看，除了自诉案件和交通肇事案件的刑事和解本来就有法律依据之外，在轻伤害案件、未成年人犯罪案件以及其他轻刑案件中的适用亦较广泛，并且对于其正当性和可行性已基本达成共识。如上所述，无论从现行法律框架、裁量权以及现行宏观政策和刑事政策来说，都有着广泛的基础和空间。并且从国外的情况来看，大多数国家都将适用刑事和解的案件范围限制在轻罪案件。例如，在联合国关于经济及社会理事会预防犯罪和刑事司法委员会第11届会议的讨论中，新西兰、斯洛伐克、秘鲁等国家都主张将恢复性司法运用于轻罪及青少年犯罪案件。但仍然有国家在司法实践中，在重罪中适用刑事和解的情况，例如，南非在种族屠杀的犯罪中适用刑事和解，美国的死刑案件中出现了“基于辩护的被害人接触计划”，辩方派出专门的被害人联系人和被害人家人接触，了解他们的想法和要求，并积极促成被害人家人与被告人

---

〔1〕 参见葛琳：《刑事和解研究》，中国人民公安大学出版社2008年版，第5章。

〔2〕 参见辛金学：《中国刑法的此罪与彼罪》（第2版），法律出版社2008年版，第51页。

会面，协助双方达成和解。[1]

而从我国现阶段的实践状况来看，关于重罪案件是否适用刑事和解争议比较大，社会上诸如“花钱买刑”、“花钱买命”等质疑多数也是针对这种情况。但无论如何，在个别地方的探索和实践中，仍然能够看到对重罪案件适用刑事和解的尝试。归纳起来，有下面几种情况：①故意杀人案中的刑事和解，在随机抽取的80例刑事和解案件中，就有2例故意杀人案，所占比例在2.5%；②致人重伤案（包括致死）中适用刑事和解，有7例属于这种情况，并且所占比例达8.75%；③其他类型，如危害公共安全罪等。如上文所述，一审被判为死刑的孙伟铭在二审中被改判为无期徒刑。从刑事和解的视角来看，这就属于重罪案适用刑事和解的典型实践。

那么，重罪案的刑事和解在制度框架内是否有运作的空间？首先，从现行法律框架来看，量刑裁量、附带民事诉讼等制度同样适用于重罪案件；其次，从司法惯习的角度来看，原来的刑事司法实践中，也有类似于民事部分影响量刑的情况；最后，从政策的角度来看，国家的关于构建和谐社会等宏观政策为其奠定了某种基调。而是否符合现阶段的“宽严相济”刑事政策，有着一定的争议。那么，问题的关键在于重罪案是否符合宽严相济刑事政策的精神和要求。宽严相济要求对严重犯罪从严惩处，而对未成年人、老年人犯罪等社会危害性相对不高的案件类型要从宽处理。那么，重罪案件是否都属于国家从严惩处的范围呢？不能一概而论，宽严相济刑事政策要求从严惩处的严重刑事犯罪，实际上是指严重威胁到社会公共利益、秩序和安

---

〔1〕 参见葛琳：《刑事和解研究》，中国人民公安大学出版社2008年版，第5章。

全，并为民众所痛恨和恐惧的杀人、放火、涉黑、投毒等犯罪。一般情况下，那种熟人之间，甚至陌生人之间因其他冲突引起的重伤和杀人案件虽然也在重罪或重刑案的范畴，但并不在宽严相济的“从严”之列。所以，对某些特定类型的重罪案件适用刑事和解并不意味着是对宽严相济刑事政策的背反。而且，在“孙伟铭醉驾案”中，尽管醉酒驾车是民众所深恶痛绝的行为，而当二审将一审的死刑改判为无期徒刑不仅没有遭到公众所谓“花钱减刑”、“赔钱买命”等质疑，反而得到了舆论的支持，也在一定程度上说明刑事和解的民意基础已经开始形成并趋于理性，并且也表明了，重罪（重刑）案中适用刑事和解的可能性。

五、小结

通过对近几年的刑事和解实践进行实证考察和描述，可以明确的一个问题是：刑事和解在司法实践中逐渐尝试推行，并充分显示出制度化的趋势。我国刑事和解的制度化实践尽管在刑罚轻缓化、恢复性司法等国际潮流中兴起，但通过深入观察过去的刑事司法实践，可以明确其并非从国外移植而来的制度或者中国司法机关超越法律的全新创制，而是有其制度基础存在的。首先，迄今为止实务部门所进行的刑事和解尝试并非对我国刑事法制的颠覆和全新创制，尽管并没有明确的法律规定，但实际上仍然存在一些法律依据。其所涉及的制度主要包括：量刑裁量、刑事附带民事诉讼、刑事自诉和解或调解、交通肇事罪定罪量刑中的和解、治安案件协商调解等。其次，通过对基层刑事司法实践的观察，发现刑事和解的实践一直以来都以司法惯习的形式存在着，如今的制度化显然是在其基础之上，对之加以强化和扩展，予以明确化、规范化，并注入一些新的理念和内容而形成的结果。再次，刑事和解是刑事司法领域中

的一项制度，在刑事司法的统一性角度上也可以说它是刑事司法的例外制度。任何适用刑事和解的国家，一般都赋予了警察、检察官和法官一定的自由裁量权，由他们根据法律规定的情况来决定是否适用刑事和解，并与当事人协商，为当事人提供和解、谈判或者叙说的平台，最后根据刑事和解的内容来决定如何处理此案。最后，刑事和解的一个重要的制度基础来自政策层面。中央提出的构建社会主义和谐社会、科学发展观和维护稳定的大局等无疑为刑事和解的制度正当性提供了话语层面上和实践层面上的支持，而具体的刑事司法政策——宽严相济——更为各地司法部门尝试和探索刑事和解实践提供了具体的依据和支持力量，使刑事和解的制度化建设顺应了权威、主流话语和时代的潮流。

总之，尽管有着法律、政策等方面的制度基础，今天这种刑事和解的制度化实践仍然带有很大的创新性和探索性，无论从适用的范围、力度还是规模来说，都与原来的司法惯习有了很大的不同，并具有了制度化、规范化、明确化的趋势。下面将通过对一个边境牧区的刑事和解实践进行描述和分析，展现这一制度化进程在特殊文化和特殊地区中的体现。



一个边境牧区的刑事和解实践

法学和民族志，一如航行术、园艺、政治和诗歌，都是具有地方性意义的技艺，因为它们的运作凭靠的乃是地方性知识。直接个案不仅为法学提供了产生反映的基础，而且还为它提供了欲求把握的对象。[1]

——［美］克利福德·吉尔兹（Clifford Geertz）

调查具体环境中的实际法律可以强化人们对事物的一般理解。夏斯塔县提供了一个传奇，那里充满着牛仔、无赖、铁丝网、公民请愿以及其他同美国古老传统相联系的细节。特别是因为这里——令人可叹的——几乎没有什么人类学类型的法律文献，这个传奇本身就并且自动地增进了人们的知识（并且很诱人）。[2]

——［美］罗伯特·C. 埃里克森（Robert C. Ellickson）

---

〔1〕［美］克利福德·吉尔兹："地方性知识：事实与法律的比较透视"，载梁治平编：《法律的文化解释》，生活·读书·新知三联书店1998年版，第73页。

〔2〕［美］罗伯特·C. 埃里克森：《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》，苏力译，中国政法大学出版社2003年版，第2页。

一、法律的地方性与刑事和解的地方实践

（一）问题的提出

上一章的论述中已表明，刑事和解实践兴起之后，学界形成了两种不同的观点，一种观点认为这是从西方移植而来的全新制度，是西方恢复性司法和刑事和解的理论在中国本土的实践；另一种则认为这是一种中国特色的制度，能够在历史、传统文化中找到相应的制度基础和文化基础。因此，一方面，刑事和解制度被人挖掘出了许多形形色色的历史和民间形态，有少数民族的命价习俗如藏族的“赔命价”，[1] 另有中国古代历史上的“金作赎刑”，[2] 等等；另一方面，反观今天的刑事和解“运动”，又似乎能看到众多现代化和西方化的理念，如恢复正义、保护被害人利益等，甚至西方恢复性司法或刑事和解实践的一个重要背景在于犯罪率的提高、监狱人满为患、传统犯罪预防理论的式微等，这在中国部分地区也同样适用。在发达地区，这种西方的理念和价值选择一定程度上也比较适宜，但在广大的农村或者少数民族地区，就基本不太适用了。一个典型的例子是，刑事和解的效率价值在人口少、犯罪率低的地区几乎没有什么意义。

据初步了解，在经济不发达、人口少、文化单一、犯罪率

〔1〕 赔命价是一种以杀人赔金钱赔财物为主要内容的刑事习惯法，由于“习惯难以尽革，官法难以尽行”，历代封建统治者不得不随俗而治相袭认可。参见孔玲：“‘赔命价’考析”，载《贵州民族研究》2003年第1期；高仰光：“论日尔曼法中的赔命价制度”，载《比较法研究》2006年第3期。

〔2〕 “金作赎刑”起源于夏朝，即用财产或金钱赎罪以代刑罚的情形，被认为是中国古代社会刑事和解的早期表现之一。参见武小凤：《冲突与对接——刑事和解刑法制度研究》，中国人民公安大学出版社2008年版，第28页。

低的民族地区也开始响应了全国各地的刑事和解热潮。而在人们的经验感受中，在人口少、文化单一的社会里，纠纷和案件本身就不多，犯罪率也相对较低，并且因当地的文化和社会环境所决定，必定呈现出不同于主流文化和主流城市社会的个性特征。因此吸收了很多现代化的理念和价值初衷的刑事和解实践，在上述环境中毕竟有所不同。在现代化程度较低的传统社会，必定保留了更多的民间习惯和私力救济等传统。基于这一立场和出发点，笔者考察了北方蒙古族一个边境牧区的刑事和解实践，预期不仅仅在于对这种特殊文化中的刑事和解的境遇进行客观详尽的描述，更在于以此作为刑事和解实践的个案，置于整个刑事和解制度的研究和制度建构中审视，以进行理论上和实践上的良好对接，力图使这一既“古老”又“新潮”的制度得到全面而科学的制度建构。

这一章的内容，是笔者亲赴内蒙古边疆的牧业地区所做的调研和基于所得资料的基础上作出的理论分析。在对刑事和解观察和研究的过程中，作为一个少数民族文化群体的一分子，同时对这一群体的文化和法律实践予以长期持续性的关切，促使笔者对蒙古族及其生活的地方关于刑事和解的问题产生浓厚的兴趣，而这个兴趣始终围绕着几个问题展开，如在这个社会转型时期蒙古族传统与文化的变迁与转型在法律方面带来了什么样的变化？在牧区是否有刑事和解的相关实践，是否有制度化的趋势？进而，关于刑事和解的这一地方性观察对整个中国刑事和解制度的理论和实践是否有意义？如果有，是什么样的意义？这一特殊文化群体的刑事和解实践的实证观察和分析对于刑事和解的制度建构将有什么样的可能贡献和启发？

（二）理论前提

首先，这一观察和研究的理论前提在于“法律是地方性知

识”这一论断，进而确信，特殊文化群体的刑事和解实践更能够体现这一制度和现象的不同样式。

法律的实践也是法律的地方实践，其与特定地方的地理位置、气候条件、经济水平、生产生活方式、人口、历史文化等各方面紧密联系。因此，尽管在统一的法律体系下，也会因上述各个方面的不同而显示出法律实践的地方性。法律的地方性，笔者更愿意表达为法律实践的地方性，因为法律的实践是一个动态的、具体的过程，相比较“法律”这一相对模糊又颇具争议的概念，法律的实践是一个较清晰具体的概念，不至于产生歧义，并且，在笔者的研究中，主要侧重于法律的实践进而才是刑事和解的实践这一角度的。

其次，比较而言，活法与行动中的法律比书本上的法律即国家制定法更具有生命力，从纷繁复杂的生活中找出在社会生活和社会交往中真正起作用的规则对于现代法治的建设是颇具意义的。法社会学研究的核心即活法或行动中的法，这种视角和方法超越了传统法学的规范性，从社会生活中去寻找在人类的交往和社会控制中真正发挥作用的规范，在活生生的现实中观察法律的运行。那么，刑事和解作为在中国尚未制度化的法律实践，若要寻求它的真实运行状况，就要在法律实践中观察“行动中的法律”，这也是任何法社会学实证研究的出发点。那么，活法和行动中的法在哪里，我想应该在社会生活中，在人们的心里，在法官、检察官、警察的行为中，在司法的日常运作，甚至在一些上不得台面的现象背后。

最后，法与社会的互动也是本章研究所采用的基本理论前提。在偏远的传统社区和群体中，这种法与社会的互动可能体现得更为明显。尤其对刑事和解的研究来说，由于其与民间社会与传统的纠纷解决方式具有某种亲缘性（刑事和解在民间社

会中的原型是和解性私力救济），会给我们的整体研究带来不小的价值。

（三）研究视角、地点及方法

笔者的研究视角，到底在多大程度上代表了内部人视角，又在多大程度上运用了外部视角，是多年来的一个困惑。作为蒙古族的一员，从小在牧区里土生土长，对于蒙古族的传统法律文化和现代的法律实践的人类学式观察，对于蒙古族传统生活方式和文化习俗的熟悉和语言文字的运用，确信是运用了很多内部人的视角的。然而，笔者生长的地方早已经不是传统意义上的牧区了，而且仅保留着为数不多的传统生活方式和习俗（如吃肉、喝奶茶等饮食习惯和祭火习俗等），所以，离真正的游牧文化相去甚远。当然，在草原上，除了笔者生长的地方之外，还有大片保留着游牧文化和传统生活方式的牧区，对这些地区的观察无论如何要运用诸多不同于内部视角的外部视角，需要做很多法律人类学式的观察和研究。但是，毕竟这两者没有泾渭分明的界限，只能说是内部视角与外部视角的结合。而这种结合视角对于研究的问题应该具有更多的便利之处和一定的客观之处。

所以，为了能够观察到真正的特殊文化群体的刑事和解实践，笔者特选取了内蒙古边境地区上的锡林郭勒盟S旗为样本，亲赴当地的公、检、法等各个部门，并在当地草原做了田野调查。为了更明确选择调研地点的意义，笔者从这里抽取出了几个关键词：①少数民族。无论从法律多元或者民间法的角度看，少数民族的习惯或解决纠纷的方式及规范都是一个不可绕开的领域。②偏远/边境。由于普遍存在“天高皇帝远”的状况，偏远的边境地区最能够体现这一情况，那么到底什么情况属于“天高皇帝远”，什么样的情况属于正式法律制度呢？什么方面

是核心和偏远地区共同面临的问题，什么方面是由于“偏远”这个因素带来的？所以，选择“偏远/边境”地区作为调研和分析的对象，能够回答或者至少部分回答这些问题，因为“世界偏僻角落的事件可以说明有关社会生活组织的中心问题”[1]。③牧区。自从法律多元、地方性法律文化等进入理论界和实务界的视野中，“农村”成为一个不能忽视的领域，无论在费孝通的《乡土中国》中，还是在贺雪峰的《新乡土中国》中，以及苏力的《送法下乡》，农村带给我们读者的是一种类似人类学的体验。所以，我也相信牧区从另一个角度会带来不一样的地方性知识。

本章的调研方法首先涉及了实地调查、田野调查与深度访谈相结合的形式。笔者亲赴调研地区进行人类学式的实地调查与田野调查；并就调研地区的社会经济状况、司法状况、私力救济，进而刑事和解等问题与当地的公安、边防警察、检察官、法官以及当地牧民进行了深度访谈。

其次，本章采取了实证观察和理论分析相结合的方式。并在实证观察的基础上，主要运用了实地调研获得的第一手资料（主要是牧区）和甄别过滤过的二手资料（主要是发达地区和明确探索刑事和解的地区状况），辅以理论分析。

最后，在研究中融入了一点比较的视角和比较分析的方法，对牧区的刑事和解实践与发达地区的刑事和解实践进行比较，找出共同点和不同点，总结出经济水平不同的地区、不同文化群体的共同经验与特殊经验。

---

〔1〕［美］罗伯特·C. 埃里克森：《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》，苏力译，中国政法大学出版社2003年版，第1页。

二、边境牧区S旗的社会与法律概览

为什么要选择北方边境上的蒙古族牧区（S旗）作为调研地点，已经在上一部分中交待过。那么按照法律人类学和法律社会学的要求，在对当地刑事和解的情况作出描述之前，应该对这一地区的社会经济文化背景作一个整体的描述。

（一）S旗经济社会背景

1. 地理位置与气候条件。S旗地处蒙古高原东南部，属中温带半干旱大陆性气候，降水稀少，日照充足，日照时数长，太阳辐射量高，风力强，风量较大，地处西风带，北部与蒙古国接壤，国境线长达316公里，全旗南北长335公里，东西宽160公里，总面积为34 251.7平方公里。全年日照时数为3196.4小时，日照百分率为72%，牧草生长关键时期和牲畜抓膘期日照充足，日平均超过10小时。

2. 历史概况。通常情况下，旗的名称都是由蒙古族的部落名称演变而来的，S旗的名称是具有历史悠久游牧生活的蒙古民族氏族部落的名称，在此生活的蒙古族主要是S部落的后代。S部落是蒙古族的主要姓氏部落之一，在具有蒙古族“圣经”之称的《蒙古秘史》中，明确记载着S部落的由来。S旗人以智慧、淳朴、英勇著称，曾经涌现过众多名人、英雄豪杰、革命烈士，在蒙古族以及中国历史上留下了重要的一笔。

3. 人口及结构。S旗是一个以蒙古族为主，汉族和其他少数民族共居的边境旗。现有12个苏木[1]、3个镇、49个嘎

---

〔1〕“苏木”相当于“乡”，但在近年的“撤乡并镇”政策后大部分都已取消了。

查[1]。总人口为3.3万人，其中蒙古族人口占60.8%，汉族人口占38.7%，其他少数民族占0.5%，牧业人口占56.7%，旗所在地M镇是全旗政治经济、文化中心，镇里居住着全旗1/3的人口。

4. 经济水平、生产方式及生活方式。蒙古族人在长期的畜牧业生产中，形成了独特的放牧习俗。他们根据气候、季节和环境特点，轮流选择春、夏、秋、冬营地，过着游牧生活。S旗保留着相当完整的草原文化特征，尽管游牧生活方式因种种原因现在变成定居放牧的方式，但仍然保留着很多游牧生活的传统，如居住在牧区的牧民仍住在蒙古包，在自己的草场定居放牧，每年都参加蒙古族的传统活动——祭敖包[2]、那达慕大会[3]等。S旗是一个以牧业为主的旗，改革开放以来，全旗大搞草原基本建设，砖木结构的棚圈，水、草、机、料、棚五配套的草库伦以及打草基地相继建成，畜牧业正在向集约化方向发展。

---

〔1〕“嘎查”相当于“村”。

〔2〕敖包通常设在高山或丘陵上，用石头堆成一座圆锥形的实心塔，顶端插着一根长杆，杆头上系着牲畜毛角和经文布条，四面放着烧柏香的垫石；在敖包旁还插满树枝，供有整羊、马奶酒、黄油和奶酪等。祭祀时，在古代，由萨满教巫师击鼓念咒，膜拜祈祷；在近代，由喇嘛焚香点火，颂词念经。牧民们都围绕着敖包，从左向右转三遭，求神降福。蒙古族牧民沿袭祖先的原始宗教信仰，以为山的高大雄伟，便有通往天堂的道路；高山又是幻想中神灵居住的地方。因而便以祭敖包的形式来表达对高山的崇拜，对神灵的祈祷。S旗有三十余处历史久远的敖包，形成了草原最亮丽的风景线。在祭敖包时，除独具特色的求雨、求吉祥仪式外，还有搏克、赛马、文艺演出等民俗活动。

〔3〕那达慕大会是蒙古族人具有鲜明民族特色的传统活动，也是蒙古族人喜爱的一种传统体育活动形式。古代和近代的那达慕盛会都要进行男子“三艺”——摔跤、赛马和射箭的竞技赛。现在的那达慕，从内容上比过去更为丰富了。在比赛项目方面，除了传统比赛项目，还增加了马术、步枪射击、柔道、摩托车表演、蒙古象棋等内容。

2006年，财政收入达到1420万元，增长45.5%，其中地方财政收入完成994万元，增长41.4%；城镇居民人均可支配收入达到6940元；牧民人均纯收入达到2280元。

（二）司法背景：案件概况与刑事案件观察

1. 案件数量及类型。从正式司法的视角观察，S旗一年有民商事、刑事及行政案件200多件，其中刑事案件平均每年20多件。犯罪类型简单，只有伤害、盗窃、交通肇事、强奸几种。在2007年只出现过一种其他类型的案件（遗弃案件），最后以和解撤诉结案。笔者刚去当地的法院做调研时，法院院长非常自豪地对笔者说："我们这里刑事案件太少了，可以说是一片净土！"去之前笔者的预期也是很少的，但是看了具体数字还是吃惊不小。笔者去的时间是在2009年7月下旬，今年受理的刑事案件总共才有9件，一个办多年刑事案件的法官告诉笔者，每年的刑事案件也就是20件左右，这些年来没有明显起伏。[1]

S旗法院近三年刑事案件收案情况

	2007年	2008年	2009年（截至7月）
盗　窃	8件	7件	5件
伤　害	7件	5件	2件
交通肇事	1件	4件	2件
强　奸		3件	
其　他		1件	
共　计	16件	20件	9件

---

〔1〕在去S旗调研的路上，遇见一位从南方来开矿的商人，问笔者去S旗做什么，当笔者说明目的时，他感到困惑不解，说道："听说过去那儿吃肉喝酒的，还有去开矿的，但从来没听说过去做调研的！那个地方没有什么纠纷，更没有什么法律案件，有什么可调研的呢？"

2. 刑事法庭的人员及特征。刑事法庭总共只有3个审判员，1个书记员。审判员都是有多年审判经验的老法官。尽管法官人数很少，但由于案件也少，工作相当清闲，所以在笔者看来，他们表现出非常从容的状态，对于每年自己所办的为数不多的案件（当然，除了自己办的，对其他法官办的案件也同样很熟悉，因为在按照普通程序审理的案件中，都是他们三个人组成一个合议庭），表现出极大的耐心和熟悉。

3. 将公安机关、检察院、法院受理的案件作为一个整体来观察，发现S旗的刑事案件具有以下几个特征。

（1）犯罪类型简单，只有伤害、盗窃、交通肇事、强奸几种。

（2）治安案件和轻伤害案件比较多，大部分会在边防派出所和刑警队得到解决。据不完全统计，其中因醉酒引起的达到50%以上。

（3）一般情况下，都是一起喝酒的人内部的打架斗殴。

（4）让公安机关办案人员头疼的是，很多打架斗殴和伤害案件中，调查取证比较困难，在案发现场，由于人们喝醉酒，事后对当时的情况都记不太清。有时候两个人互相打伤了，在派出所呆了一晚上，到第二天的时候，两个人酒醒了便声明是要好的朋友，自行和好。

（5）伤害案件由于通常都是熟人之间的，调解工作相对好做一些。笔者在S旗的案件档案中看到，很多刑事案件中附带民事诉讼很少见，法官告诉笔者，这些都在前面的侦查或起诉程序中已经赔付了或者在审判过程中已赔付了。

（三）人口密度与法律

对于边境上的牧区S旗，在刑事案件方面具有人口少、案件少、犯罪率低等几种特征，一个最直接的解释即来自布莱克

（Black）的理论，即人口密度与法律的相关性。

人口因素包括了人口流动和人口密度。按照布莱克的理论，关系距离随着人口总量的增加而增大。法律与人口总量的关系也是曲线相关。人口总量与法律量成正比。由于布莱克所称的人口总量是指现代生活使人群高度聚集而社会生活高度分化，是城市化的过程。因此这里笔者使用了人口密度取代人口总量的说法，也许更能说明两者的关系。关系距离之所以随着单位面积人口总量的增加而增大，原因在于人们生活的高度分化，即使人们在时间和空间上聚集在一起，关系距离还是加大。因此，关系距离随着人口密度的增加而增大。法律与人口密度的关系也是曲线相关。可以分为三个方面：①第三方调解（其他权威裁决）的变化也与人口总量成正比。因此，人口密度增大，法律量增加。②人口密度可以预测人们诉诸法律的比例以及人们诉诸法律的结果。③人口密度预测了人们诉诸法律的比例以及人们诉诸法律的结果。[1]

牧区里人口密度非常低，流动性也很小。原来的游牧民族逐水草而居，而如今的变迁使昔日的牧民变成定居的“放牧”，变得相对固定了。牧民各自守着自己的草场生产生活，除了一年一度的那达慕大会和传统祭祀活动——祭敖包——之外，很少有其他的集体活动和娱乐活动。据派出所的民警们反映，也就在一年一度的上述活动中，治安案件和普通刑事案件会比较多，比较密集。这也在一定程度上印证了布莱克的人口密度与法律关系的理论，也解释了为什么在S旗的案件比较少，犯罪率比较低这一现象了。

---

〔1〕参见［美］D. J. 布莱克：《法律的运作行为》，唐越、苏力译，中国政法大学出版社1994年版，第53页。

（四）蒙古族刑事习惯法的过去与现在

在国家和法律产生之前，私力救济是人们之间产生纠纷后主要采用的纠纷解决方式，从大的方面如复仇，到小的方面如私刑等。但随着社会的发展，随着国家和法律的产生以及日益得到强化，私力救济即逐渐地被明确禁止了，但一些法社会学的实证研究表明，私力救济尽管在现代以来一直受到国家的压制，但实际上只是原则上的禁止，其仍然在各种场合存在，甚至非常活跃。[1]

实际上，从现代以来的纠纷解决实践的角度看，现代法治社会在法律强制性规定的界限和责任都非常清晰的情况下，特别是在私法自治的范围内，并不一概排斥私力救济的存在，在所谓“回应型国家”，私力救济的优先性、合理性和必要性甚至是不言而喻的。那么，现代以来国家对私力救济的限制甚至禁止是否事实呢？从社会和司法制度的发展可以看出，国家对私力救济的“原则性禁止”确实存在，但并不是绝对和全面的，而是有条件和在一定范围内实施的……在已经确定由国家公权力管辖的领域，特别是在刑事犯罪和行政执法方面，原则上禁止私力救济。在这一领域内，无论古今中外，都是反对私了或“私和”的。[2]

在古代蒙古社会中，在国家和法律产生之前，私力救济依然是主要的纠纷解决方式，不仅在民事案件中，就是在刑事案

---

〔1〕 典型的有国外的麦考利（Stewart Macaulay）、埃里克森等人的研究，国内有徐昕的研究，等等。

〔2〕 范愉：“私力救济考”，载《江苏社会科学》2007年第6期。

件中也广泛存在（当然，在当时的语境中是没有民事和刑事的区分的）。这一时期指导蒙古族人们的规范、习惯等统称为“约孙”。[1] 氏族血亲复仇自“约孙”时期就开始存在，是“约孙”的一个重要内容。后来，产生了国家权力和成文法之后，作为制度的血亲复仇模式渐渐地淡化了，取而代之的是国家对犯罪追诉的垄断地位。但有一点值得注意，即当时历代的蒙古法典中，大多都取消了死刑。因杀人或伤人导致牧户生活困难的，应由杀人或伤人者用人或牲畜作为顶替，这原本属于民间协商性私力救济的范畴，在历代的成文法中受到统治者的认可，得到国家强制力的支持，[2] 成为国家法律的一部分。从习惯法的角度来看，这是典型的习惯法得到统治阶级认可的现象。

昔日的草原民族走到今天，走到社会转型的当口，也发生了天翻地覆的变化。历史上存在过的各种正式或民间性的规则、制度，随着社会的变迁大都已消亡，有些存留下来的，也成为类似“民间法”、“习惯法”等的一部分，渗透到传统中。而且，国家的政治法律制度渗透到基层后，牧区也相应地产生了许多变化，也许存留的传统，以及不断变化而成的新传统，在与国家法律制度邂逅之后，以自身的力量对之产生影响，反过来又被影响着。那么关于刑事和解的实践在司法场域中是否存

[1] “约孙”，在蒙古语中有道理、规矩、礼法的意思。根据学者的考证，约孙是蒙古族历史上，自蒙古部西迁蒙古高原后，一直到合木黑蒙古国1171年解体的约四百多年间，自发形成并世世代代遵循、得到统治者认可运用、发展的社会行为规范，用现在的分类标准，也称习惯法。参见奇格：《古代蒙古法制史》，辽宁民族出版社1999年版，第1章。

[2] 例如，《阿勒坦汗法典》中有严禁有关人身伤害事件，如因斗殴“致人眼瞎者，杖一，罚畜九九，［给受害者］赔一人或一驼”。“致人手足残废者，罚牲畜九九，执一人。”参见奇格：《古代蒙古法制史》，辽宁民族出版社1999年版，第95页。

在？它与民间的私力救济又有什么样的关系，与现代的刑事和解实践又有什么样的关系？

三、牧区司法场域中的和解实践观察：司法惯习和制度化实践

刑事案件经过侦查、审查起诉、审判各个阶段，就像经过一个过滤器一样，最后交给法院审判的案件就所剩无几了。通过对S旗公检法机关的实证考察，发现在整个诉讼程序中，和解或调解活动是贯穿始终的，从非正式和解到正式的刑事和解都存在。这也印证了第一章中所描述的情形：在原来的刑事司法程序中不但存在作为“司法惯习”的和解现象，也受到近年来的刑事和解制度化实践的影响，已经开始有了制度化的迹象。

但由于各个阶段所涉及的机构以及性质不同，和解与调解活动也明显表现出不同的特征，司法惯习也颇具地方性，进而具有了多样化的特征。

（一）法院的刑事和解与法官的调解

1. 非制度化的刑事和解。在笔者一开始关注刑事和解课题时，经常会思考这样一个问题，即在本书开始就提到的：在全国兴起刑事和解探索之前，刑事和解是否存在，以什么形式存在？如果答案是肯定的，是什么使这一过去司法实践中的相应事实和现象变得隐晦或心照不宣，而如今又得以明确提出了呢？对于前一部分的疑问，在笔者访谈的牧区基层法院的一位刑庭法官所说的话中得到了总结：“这两年提倡构建和谐社会、以人为本，刑事案件也注重调解，我做了将近二十年的审判工作，其实这么多年一直也按这个思路做，只不过这两年有了政策和法律上的依据，或者说是有了名分而已。”放到具体的语境中，笔者明白这位法官所指的也是民事部分的和解与调解，民事部

分达成和解后，可以作为量刑依据。这位法官告诉笔者，在自诉案件中，一般情况下如果调解工作做得好，当事人达成和解后原告就撤诉了，公诉案件中民事部分达成和解并履行的话一般可以判缓刑，比如交通肇事案件、伤害案件等。

2. 法官的态度与办案风格。除却追求真正的“案结事了”，以免缠诉、闹事等不必要的麻烦，不排斥促成和解等共同的目标和特征之外，法官对刑事调解的态度和运用也受到个性特征、激励机制、政策导向等的深刻影响。在笔者翻看该法院刑庭近三年的案件时，发现有一个遗弃案件是我见到的除了常见的伤害、盗窃、交通肇事、强奸案件类型外，惟一的其他类型的案件。在这起自诉案件中，自诉人与被告人是夫妻关系，有一子，与被告人母亲同住；夫妻二人的感情还不错，但因自诉人得了一种慢性且难根治的病，治疗费用高，被告人的母亲渐生不满，唆使被告人不给自诉人看病；自诉人为此到民政、旗妇联去寻求帮助，但被告人仍旧不给看病；后来，自诉人起诉到法院；由于该案在当地影响比较大，法院受理案件后，这位法官非常重视，多次下乡到牧区被告人家中做工作，“动之以情，晓之以理，明之以法”，被告人终于同意给妻子看病治疗，自诉人便撤回告诉；今年该法官又到当事人家中做了回访，了解到自诉人现在与被告人即她丈夫的关系很好，病也好多了。像这样的案件，如果碰到另外一个“严格执法型”的法官，很有可能直接根据法律判决被告犯有“遗弃罪”，并判处相应的处罚。尽管看起来冷冰冰缺乏人情味，但在法律上却不为错，甚至可以说是常态。在实践中，这种风格类型的法官为数不少，像金桂兰、

陈燕萍这些“人民满意的好法官”便是典型。[1]

3. 和解的法律效果：一种司法惯习。即使法律上没有明确规定如果双方达成刑事和解予以相应处理，但一般情况下，只要加害人积极赔偿被害人并得到其谅解的话，都会作为量刑的考量因素。在实践中，对量刑的考量往往是当事人之间就赔偿问题进行协商，被告和法官、被害人和法官进行博弈的砝码。所以，一旦达成和解，多多少少会影响到法官的量刑，如果没有量刑的明确或隐晦的较量，和解也不会那么容易地达成，赔偿也不会那么有效率地被履行。因此，和解带来的法律效果虽然无法量化，但效果是明显的。法官经常会考虑对赔偿到位的被告人适用缓刑，这似乎已经成为一种司法惯习普遍存在于司法机关中。

4. 刑事和解的制度性制约因素。①法律的规定和限度。法官们都非常明确地说，从个案的角度而言，尽管当事人之间就赔偿问题达成了和解，但最后还是在法律的量刑幅度内进行的，如果在法律规定里没有免除处罚的情节，就不可能终结诉讼程序或者免除处罚。②法院内部机制。从宏观上看，工作汇报和工作考核等法院的行政机制，要求各种比例，如缓刑比例、上诉率等。一个法院每年审结的刑事案件报表，有一个整体比例

〔1〕 陈燕萍是江苏省靖江市人民法院江阴园区人民法庭副庭长，2010 年 1 月被最高人民法院授予“全国模范法官”，“她长期扎根基层，甘当平民法官，以对党、对人民的无限忠诚，心系群众、公正司法、清正廉洁、甘于奉献，以出色的工作业绩和崇高的职业道德，展示了人民法官的时代风采，树立了当代共产党人的崇高形象，得到了社会各界的广泛赞誉。”关于金桂兰法官，有这样的评价：“金桂兰是一名人民法官，也是一名‘人民调解员’。她一方面维护法律的尊严，公正执法，铁面无私；一方面融入感情，加强案件调解。她 14 年来审理的 1000 多起案件中，有 90% 都是调解结案，有效地维护了社会稳定，收到了良好的社会效果。”

问题，比如缓刑，一般要求比例不能过高等，该法院一位刑庭法官说：

实际上，这个地方的案件很少，仅有的这些案件一般都能就民事赔偿部分达成和解，除了个别案件中的被告没有赔偿能力之外，都能有效履行，当事人的情绪也没有那么激烈，判缓刑不至于发生社会危险性，但是就要考虑到每年报表的整体比例平衡问题，缓刑不能过多，考核评优之类的都要符合这些标准，所以有些案件我们也无能为力只好判实刑了。

5. 刑事和解模式：司法调解为主，自行和解为辅。在实践中，各地之间相互借鉴、相互影响，形成了若干模式，陈瑞华教授将其归纳为三种：①加害方—被害方自行和解模式，是指犯罪嫌疑人、被告人在认罪悔过的前提下，与被害人经过自行协商，就经济赔偿达成书面协议，不再追究加害人刑事责任的纠纷解决方式。检察机关经过认真审查后，可以接受双方的协议和被害人的请求，对犯罪嫌疑人、被告人不起诉或者建议公安机关撤销案件。②司法调解模式，是指司法人员通过与加害方、被害方的沟通、交流、教育、劝解工作，说服双方就经济赔偿标准、赔礼道歉等事项达成协议，从而促使被害方放弃追究刑事责任的纠纷解决方式。③人民调解委员会调解模式，是指公检法机关对于那些加害方与被害方具有和解意愿的轻伤害案件，委托基层人民调解委员会进行调解，对于经过调解达成协议的案件，可不再追究加害人的刑事责任。[1] 如果按照这一

---

〔1〕 参见陈瑞华："刑事诉讼的私力合作模式——刑事和解在中国的兴起"，载《中国法学》2006年第5期。

模式作为参照的基准，可以将 S 旗法院的刑事和解模式概括为“司法调解为主，自行和解为辅”。

（二）检察院的刑事和解

1. 检察官的观念与行动选择。S 旗检察院的几位检察官中，在对是否主动进行调解，促进当事人的刑事和解这一选择上就明显因人而异。有的检察官不会主动对当事人进行调解，促成当事人之间就民事部分达成和解，只有当事人自行达成和解之后，检察官才考虑如何做，如何对待当事人之间达成的和解协议，如何对待犯罪嫌疑人的认罪及积极赔偿被害人的损失等行为；有的检察官会主动促成当事人之间达成和解；当然同一个检察官，在不同的案件中也会有不同表现，这一般取决于案件的类型、当事人的情况、当事人的意愿等。

2. 制度化尝试。在对 S 旗检察院的调研中，笔者看到了新近一项刑事和解的制度尝试。公诉科的检察官告诉笔者，他们现在也开始尝试面对面的刑事和解，对适合和解的案件，由检察院办案人员主持，让当事人双方面对面坐在一起，相互沟通、协商，以促成当事人之间达成和解协议，并根据这一和解协议决定是否对犯罪嫌疑人起诉、是否起诉附量刑建议等。该检察院参照各地的刑事和解实践，制定出该院刑事案件和解规则。[1]接受访谈的一位检察官带笔者参观了他们专门设计的和解场所“刑事和解室”。这是一个布置相当温馨的小房间，光线充足，门对着一个大窗户，两边墙上，一面挂着该院自己制定的刑事和解规则，一面写着非常醒目的四个字“以和为贵”，正中间摆放着一个椭圆形的会议桌，并在桌子上摆着几束漂亮的假花。

〔1〕 该刑事和解规则中详细规定了和解适用的范围、对象、前置程序，以及从申请程序和形式到具体的和解方法、参与人、处理程序，等等。

这位检察官告诉笔者，在这里，他们成功尝试了一起盗窃案件的刑事和解。这个案件中的犯罪嫌疑人是个家境非常贫困的人，在生存受到威胁的情况下进行了盗窃。被抓获后，认罪态度非常好，并且是初犯，进入和解程序后，对被害人认真悔罪道歉，得到了被害人的谅解，被害人明确表示不追究他的刑事责任，检察院最后作出相对不起诉的决定。

3. 制度性制约因素。在S旗检察院里，案件少、犯罪率低，检察院一年最多也就受理二十多件刑事案件，但由于规定将相对不起诉的比例限制在2%，所以即使当事人之间达成了谅解，即时履行了赔偿，并且情节轻微，也不能作出不起诉决定，只能起诉到法院。有一位性格直率的女检察官指出：

检察院从来都是自己卡自己的脖子。明明有的案件情节不严重，起诉到法院也仅仅是判缓刑，但因为有关于不起诉比例的规定，还得起诉到法院，加之最省事的方式就是起诉，把这个摊子扔给法院就得了。其实有很多案子即使起诉到法院也是判缓刑，实际上没有太大的必要，反而是浪费司法资源。从被告人的角度来说，即使判缓刑也有了犯罪记录，对被害人来说，也不一定能够拿到满意的赔偿。

4. 刑事和解模式：自行和解模式为主，公权力调解为辅。在检察环节，即使采取刑事和解模式，主要也是以当事人自行和解并向检察院申请不起诉为主。当然也不排除一些案件中检察官积极促进和解的情况。至于背后的可能原因，在上文中已用实证资料加以说明，此处不再赘述。

（三）公安机关的调解与刑事和解

1. 边境地区的治安边防设置。在边境地区，除了地方公安

机关之外，还有边防部队联合负责当地的治安和刑事案件的侦查工作。

边防派出所是设立在沿海、沿边、口岸等地方管理治安，维护秩序的公安机关派出机构。边防派出所实行武警现役制。公安边防部队是公安部直接领导下的一支公安现役部队，是我国部署在沿边沿海地区、出入境口岸和领海的一支重要武装执法力量，编制十万余人。公安边防部队在各沿边沿海和设立开放口岸的省、自治区、直辖市设有公安边防总队。基层单位有公安边防派出所、边防检查站和海警支队等。主要职责是：负责沿边沿海地区的边防管理、治安管理和涉外边防合作；负责海上边界的巡逻管护，毗邻港澳一线的边境管理，海上治安管理；依法对出入境人员、交通运输工具实施边防检查和监护；防范、打击沿边沿海地区和口岸偷渡、走私、贩毒等违法犯罪活动。

2. S 旗公安机关受理的“案件”。这里的警察既包括公安警察，也包括边防警察，在实际办案的过程中，二者的功能和分工不很明确，但因机构设置和性质不同，其办案风格和对刑事和解的态度稍有不同。在某种意义上，可以说公安机关是刑事案件的过滤器，大量的案件流入公安机关，包括刑事案件、治安案件，甚至还有大量的民间纠纷；是否要撤销案件、是否要调解解决、是否要治安处罚、是否要作为刑事案件移送检察院等，都是在公安机关进行的。比起在公安机关立案侦查阶段接受和处理的大量案件，移送检察院审查起诉的案件少之又少。

在实证调研中的一个直观感受是，至少在基层牧区里，很多事情不像在法院、检察院那样明确和容易区分。关于刑事和解，相比较而言，在公安机关立案侦查阶段更是为了将案件区分归类并处理，比如，如果是一个界于治安案件与刑事案件边

界的案件，他们首先看当事人的态度，敌对情绪是否大，是否愿意和解等，并且明确听取双方的意见，如果案情很简单双方又愿意和解的话，甚至都不用伤情鉴定就可以进行调解，从而终结程序。

3. 案件的分类与解决。相关实证研究表明，公安派出所发挥着解决大量纠纷的功能。实际上，在牧区里，这种情况也是很普遍的。

还有一个机构是乡村牧区等基层社会的人们所熟悉的和依赖的，或者说是“既爱又恨”的，那就是公安机关设于各地的派出所。邻里之间发生了一些口角甚至打架斗殴的事情，派出所的干警出面解决，经常也会扮演一个“调解人”的角色。但我们知道，在基层社会里至少还有两个机构是为乡民们而设置的，即“司法所”和在各地设置的基层法院的“派出法庭”。据笔者的调查，牧民们对这些机构是比较陌生的，尤其是司法所，为人所知的程度和所发挥的作用都微乎其微。[1]

正如上文所言，派出所对牧民来说是最便利、成本最低廉的救济机构，尤其近年来它对基层社会的重要性越来越突出。用最简单的方法分析一下，如一个旗或县里，法院只有一个，派出法庭可能有几个，但派出所是设置数量最多的机构，而且出了问题之后，尤其是打架斗殴等事件发生时，牧民只拨打“110”或打当地边防派出所的电话即可，即使直接到派出所去也不会费太大的劲。在S旗的调研中也了解到公安派出所和边

---

〔1〕 萨其荣桂：“蒙古族聚居地区纠纷解决机制的实证研究”，载《甘肃政法学院学报》2006年第2期。

防派出所处理大量纠纷的现象，以及促成刑事和解的因素。公安派出所与边防派出所在处理一般治安案件与刑事案件方面的职能基本相同。

4. 派出所调解与和解的特点。笔者在S旗公安机关所做的调研基本上印证了上述情形。相对于法院、检察院，派出所的调解更加格式化，并更具目的性。

首先来看一起轻伤害案件的调解笔录：

主持人：2008年8月4日3时10分在巴彦乌拉苏木额尔敦敖包嘎查特木其乐图家中，阿其图与阿迪亚酒后因琐事发生口角，阿其图用啤酒瓶将阿迪亚左脸划伤，经鉴定为轻伤。根据国家法律，阿迪亚可以向法院提起诉讼，也可以通过公安机关对双方当事人协议解决，请问双方当事人，你们想怎么解决？

阿其图：我愿意协议解决。

阿迪亚：我也愿意协议解决。

主持人：那么请被害人阿迪亚提出你的要求。

阿迪亚：只要阿其图承担我在医院的治疗费及其他费用共计人民币4500元，我就不再追究阿其图的其他任何责任了。

主持人：那么阿其图能承担这笔费用吗？你有什么要求？

阿其图：我能承担这笔费用，如果我承担了是不是就能一次性解决这件事情，以后阿迪亚不再追究我的法律责任和索要任何费用了。

主持人：请问阿迪亚，对阿其图的要求你有什么意见？

阿迪亚：阿其图一次性承担这笔费用后，我不会再追究他的法律责任，也不再向他索要任何费用。

主持人：双方当事人已经达成协议，请签字。

这个调解笔录很显然是事后对整个调解过程的重构和裁剪，这是法律文书和档案材料具备的特征。当然，它可以显示整个调解过程和最后达成和解的大致轮廓和事情的处理结果。那么很显然，这是一个交易的过程和交易的结果。治安案件与轻伤害案件的情况略有不同。在轻伤害案件中，从加害人的角度看，如果接受被害人的要求，赔偿其所提之各种费用的话，就意味着可以达成和解协议，就此可以结束程序，不再被追究刑事责任。当然，如果不接受要求自行解决争议的话，将会有个强大的国家机器等着启动，这对个体来说有足够的威慑力。所以除非犯罪嫌疑人的确没有能力承担赔偿费用，一般情况下，都愿意协议解决争议。但治安案件不太一样，由于加害人触犯的是《治安管理处罚法》，一般情况下无论赔偿与否，都会有相应的治安处罚。[1] 所以相对来说，和解的达成比轻伤害案件的难度大些。

相比较而言，从这样一份调解协议看不出任何意识形态性或文化性的内容，也看不出任何合法化话语、正当化话语，看到的只是一个在法律和权力的强制性阴影下协商和“交易”的过程和结果。

通过这一部分的实证观察，我们可以看到，在S旗的正式司法领域中，刑事和解实践相当普遍地存在，但并不是正式的、明确的刑事和解，并且是以司法惯习的面目出现的。但从S旗

---

〔1〕 但有一点不同，那就是不像上面研究者观察到的那样，要将刑事案件调解作为治安案件来办理。对待这两种不同类型的案件，民警们还是分得很清楚的。笔者不止一次地听到民警感叹：治安案件中，对于触犯《治安管理处罚法》的行为予以处罚，有时即使责任人已赔偿了相关损失，应当处罚的还是要处罚。但如果构成了轻伤害案件，当事人之间一旦可以达成和解的话，案件便可以撤销，所以这样看来，如果打人与其打成轻微伤，还不如重一点打成轻伤来得划算。

检察院的制度性尝试中，已初步体现出在这个人口少、案件少、犯罪率低的边境牧区的司法机关也开始了刑事和解的制度化建设，其不但具有丰富的制度土壤，而且也受到了全国刑事和解建设的影响和引导，并且具有丰富的地方色彩和民族特征。

四、草原上的酒文化与刑事和解：法律与文化的相关性

上文中提到S旗的刑事案件与治安案件的一个常见的特征，即很多案件都由喝酒引发。一个地区的常见的案件能够反映当地的特殊文化、习俗、生活方式等，当地的文化习俗也会对当地的法律、案件、处理等产生影响。这源于法律与文化的相关性，在这一部分中笔者尝试对这种相关性进行一番观察和分析。

关于文化，很多人都有自己不同的见解。原本书化就是一个很难界定的东西，更多的时候处于只可意会不可言传的情境中。马凌诺斯基（也译作“马林诺夫斯基”，Malinowski）对文化的定义为：“文化根本是一种‘手段性的现实’，为满足人类需要而存在，其所取的方式却远胜于一切对于环境的直接适应。文化赋予人类以一种生理器官以外的补充，一种防御保卫的甲胄，一种躯体上原有设备所完全不能达到的在空间中的移动及其速率。”[1]

汽车在草原上行驶时，在公路两边不时会看见被弃的空酒瓶，想必都是牧民留下的痕迹。由于草原上的寒冷气候和其他一些因素，蒙古族历来与酒结下了不解之缘。笔者的一位在S旗工作的同学非常形象地告诉笔者说：“这里的人最看不惯的是有人说谎，或者骗他，你要喝酒打人，可能没人管你。”

---

〔1〕［英］马凌诺斯基：《文化论》，费孝通译，华夏出版社2002年版，第99页。

（一）酒文化与纠纷解决

民间的纠纷解决、少数民族的纠纷解决是笔者长期观察的对象，特殊文化的个性特征也造就了很多不同的特殊的纠纷解决文化。比如，蒙古族的纠纷解决文化中，就有一个很常见的方式，即喝酒，很多纠纷如打架斗殴等，都是因喝酒引起的，但很多纠纷，也可以因喝酒而消化。曾听说过这样一件事情，牧区里有两个人因一只羊的归属问题发生了纠纷，便找来第三人予以斡旋裁断，然而这个第三人将这只羊宰了并设了酒席，几个人开始喝酒吃羊肉，以兄弟相称，矛盾和纠纷也就自然化解了。像如此情形在草原上比较常见。

酒文化是草原民族的一个标志性文化。它的形成与草原民族的历史传统、生活环境等密切相关。

草原民族的生存环境是非常艰苦的，自然灾害的侵袭，部落与部落之间、部落与部落联盟之间战争频仍，草原人民的生命意志必须有相当硬度，生命活力必须维持在高刻度上，任何生命意志的弱化，任何生命活力的衰减，都会把草原民族推向绝境，直至死亡。牧民需要为生命加劲、加热、加油的一切手段中，酒是最好的手段，酒就在这个连接点上和牧民结下了不解之缘。[1]

所以，酒在牧民的生活中成为不可缺少的东西，并且在游牧生活中的消遣、交流、娱乐等活动中发挥着不可替代的作用。但是任何事情都是有两面的，酒给牧民带来诸多愉悦和安慰的

---

〔1〕 孟驰北：《草原文化与人类历史》（上），国际文化出版公司1999年版，第135页。

同时，也不能排除因酒而引起的种种不愉快和对日常秩序的破坏。然而，很多时候，这种酒文化本身引起的负面影响，可以在酒文化的内部得到解决，而不是寻求外部的力量。

（二）刑事和解的可能性与便利性

S旗派出所民警给笔者讲了很多例子：他们经常会接到报案，两个人打架受了伤，到派出所之后因醉酒无法取证，但到了第二天，当事人酒醒了，便请求要撤案，称两人平时是好兄弟，打架是因为喝醉酒了。当地的派出所民警表示很无奈，如果伤情严重，他们有时也无法完全撒手不管，一定要经过正式程序才能够解决。但这种情况向我们昭示了另一种意义，就是调解工作的可能性和便利性，对此民警显然没有明确的意识。人们之间的关系距离、文化距离、社会结构等决定着调解的难易程度。牧区里的刑事案件大部分都发生在熟人之间，文化距离与关系距离相对较小。

法律与关系距离之间的关系呈曲线型。在关系密切的人们中间，法律是不活跃的；法律随人们之间的距离的增大而增多，而当增大到人们的生活世界完全相互隔绝的状态时，法律开始减少。在现代社会中，关系距离很少达到人们完全相互隔绝的状态，但比在简单社会中的关系距离要大。[1]

法律和文化距离之间的关系呈曲线型变化。换言之，在几乎没有或根本没有文化多样性和文化多样性非常丰富之处，在这两种极端情况下，都很少有法律。这适用于法律的每种表现形式，从它在不同历史阶段的演化，到不同纠纷中的诉讼和审

〔1〕［美］D. J. 布莱克：《法律的运作行为》，唐越、苏力译，中国政法大学出版社2004年版，第48页。

判，直至不同案件的刑罚严厉程度。[1]

这里，随着现代化的植入，虽然早已经不是原来单一、封闭的游牧群体，但仍然保留着游牧文化的痕迹。在最基层的单元，牧民还是相隔几十里甚至上百里，平时互相往来相对较困难。只是牧民也受到现代化的滋养，交通、通讯等方面较之原来便利了许多。加之，近年来外地人的入住，以及部分外地人开发矿产资源等因素，传统社会的样式发生了很大的改变。可以说，在关系距离方面，较之传统社会拉近了一些，而在文化距离方面，因比原来丰富而稍疏远了一些。可以说关系距离有了一定的拉近，而文化距离有了一定的疏远。这是纵向比较得出的结论，如果横向比较，与现代化的城市相比，仍然是关系距离比较近，文化距离也比较近。关系亲密者之间发生冲突的可能性比较大，并且以调解等解决方式解决是相对比较容易的。

醉酒打架的当事人之间一般都是认识的，关系距离相对较近。对此，有人可能会提出一个质疑，那就是这样的关系亲密者之间应当是运用法律的量相对少些，私底下解决或者民间性地解决纠纷是常态，为什么都要诉诸公共部门呢？尽管初级关系冲突极少诉诸法律，但仍然存在亲密关系者之间的争讼。而且尤其对于熟人社会来说，在这里发生的纠纷大多数都是熟人之间发生的纠纷。对于这个现象，可以从静态和动态两种意义上进行解释。静态意义上的解释是核心关系与边缘关系理论。这种观点认为，人们选择何种方式解决争端，不仅取决于当事人关系的远近，还取决于争端所涉及的利益的重要性，关系对

[1]［美］D.J. 布莱克：《法律的运作行为》，唐越、苏力译，中国政法大学出版社2004年版，第88页。

于双方的重要性程度。如果争端所涉及的利益处于核心地位，不可放弃，不可分离，争端者尽管关系亲密仍然选择诉讼。如果争端所涉及的利益处于边缘地位，而关系更加重要，即使有十足的取胜把握，也会忍让或接受调解，而非诉诸法律。[1] 如上所述，初级关系与次级关系是理想型，在现实生活中人们的关系是两者的融合。布莱克提出的关系距离理论可以实现序列化和量化，关系距离可以通过多种方式测定，如关系范围、交往频率、交往时间长短来测定。[2] 所谓关系距离，主要表现为人们对他人生活的参与程度，主要是指心理距离。关系距离预示并说明了法律的量，亲属间、陌生人以及完全两个世界的人之间，对法的利用也因心理距离而变化，在一般陌生人之间达到最大，两端最小。[3] 布莱克总结了一个函数关系式，法律与关系距离之间的关系呈曲线型（倒 U 字形），影响曲线的第三个变量是民间调解等非社会控制方式的有效度。非政府的社会控制软弱或无效的地方，作为最后手段诉诸法院的社会控制是普遍倾向。[4]

在醉酒打架的伤害案件中，当事人的文化距离非常小，同属于一个社会阶层，并置身于同一种酒文化当中。这个文化群体认为，平时喝酒打人这样的事情很常见，并不是什么丢人的

---

〔1〕 朱景文：《比较法社会学的框架和方法——法制化、本土化和全球化》，中国人民大学出版社 2001 年版，第 438 页。

〔2〕 冉井富：《当代中国民事诉讼率变迁研究——一个比较法社会学的视角》，中国人民大学出版社 2005 年版，第 66 页。

〔3〕 ［美］D. J. 布莱克：《法律的运作行为》，唐越、苏力译，中国政法大学出版社 1994 年版，第 47 页。

〔4〕 ［美］D. J. 布莱克：《法律的运作行为》，唐越、苏力译，中国政法大学出版社 1994 年版，代译序。

事情，比起盗窃、说谎等行为更容易受到人们的包容。所以，这样的案件相对于其他类型的伤害案件来说，更容易进行调解，并达成和解。

（三）文化解释的相对性

由于文化只有相关性，而没有决定性，所以只在一定程度上能够解释一些法律现象，而远远不是全部，它并不能提供更重要和关键的答案。笔者也赞同苏力先生的判断，即尽管诉讼或案件当事人和法官都在一个巨大的文化结构中，但并不完全受制于这个文化结构或受制于习惯，缺乏创造性和主动性。[1]牧区的传统观念、习俗、习惯等文化背景只给刑事和解实践提供了一个基本环境，它将会规定牧区的刑事和解实践是否有相关传统、是否广泛存在、如何运作的等泛泛的情形，比如常见的刑事案件和刑事和解的情形，可供的选择，和解的可能性与难易程度等宏观、整体的情况，而不能够解释更多更具体的问题。

五、为什么选择刑事和解?

刑事和解，从字面意义上看，很容易让人们理解为与民事和解一样，是当事人双方的和解，即主体是当事人双方，不管是诉讼外的和解还是诉讼内的和解，都会产生终结纠纷和解决程序的效果，即使是诉讼内和解，只要双方达成了和解，原告就可以撤诉，法院和法官只有审核批准的权力，但并不是实质性的。但是，由于刑事司法与民事司法的理念和性质的不同，刑事和解必定与民事和解有很大区别。无论从国外还是从国内

〔1〕参见苏力：《送法下乡——中国基层司法制度研究》，中国政法大学出版社2000年版，第254页。

现有的实践来看，刑事和解都是民事部分的和解，即使双方达成了谅解想结束诉讼程序，也不可能像民事和解那样立即可以结束程序，而是等待权力机关的审核、确认和处理。而至于会产生什么样的处理结果，从目前来看还是不确定的。[1] 所以，从主体的角度来看，刑事和解的主体包括权力机关和当事人。

第一，当事人的意愿。这个因素几乎不用论证，如果当事人没有和解的意愿，其他人再主张都可能是徒劳。当然，当事人的意愿虽然是个主要因素，但并不可能成为决定性的因素。一般的和解案件呈现出两类特征，第一类是当事人之间自行达成谅解或者在第三人的调解下达成了谅解，加害人方面悔罪道歉或真心补偿等，被害人方面谅解并表示愿意原谅加害人并且不再追究责任；第二类便是被害人即使没有真心原谅加害人，但为了拿到赔偿，就表示愿意以不追究加害人的刑事责任为条件来与加害人协商交涉，这种情况在实践当中也普遍存在。

第二，当地的传统、文化、风俗与习惯因素。如一些刑事案件能否采用刑事和解的方式要受到当地的传统文化与现有的观念很大的影响。如蒙古族的传统观念中视偷盗、说谎为不耻，而对平常的喝酒闹事、通奸强奸之事相对来说比较宽容。所以，这些文化与传统因素对是否采用刑事和解的方式，以及是否和解成功等都具有一定的影响。

第三，办案人员的个性特征和办案风格。其实，在很多情况下，一个刑事案件是否采取刑事和解的方式，能否和解成功，要取决于办案人员的个性特征和办案风格。例如，在笔者的调

---

〔1〕 在公安机关侦查阶段，对于轻伤害案件的和解，一般是比较确定的，即只要双方愿意调解解决，达成了和解一般会起到结束诉讼程序的效果。还有在自诉案件中，如果当事人之间达成刑事和解，原告可以撤诉从而终结诉讼程序。

研中，遇到过不同个性和不同风格的法官、检察官、警察等。巫若枝通过调研总结分类出三种不同风格的法官[1]，实际上，检察官与警察等人员中也有类似的不同类型，而这些类型的不同直接影响了办案的方式和风格。有位女检察官告诉笔者："我们这些人平时办案子，也希望对犯罪嫌疑人采取一个相当公正的方式，或者提供给他弥补过错的机会。有时候，经过我们审查起诉的被告人改造完后，会到这里来向我们道谢，这样是对我工作的一个回报，会带给我很大的成就感。"当然，也有一些检察官认为直接参与或主持当事人之间的协商交涉，与自身的职能性质不符，除非当事人自行达成和解协议，否则不会主动积极促进当事人之间的和解。

第四，时代的主流话语。随着时代的发展，主流话语也不断演变、迂回、发展，这些话语中包括官方话语、社会性的大众话语，也包括其他如学者话语等，尽管话语只是一个表现出来的东西，严格意义上不算一个实质性的事物，然而其与制度实践的对路与矛盾会对其发挥引导、促进或阻碍的作用。在笔者所做的调研访谈中，关于刑事和解，几乎所有的司法人员都谈到了"和谐"这一用语。"和谐"在当今中国，已然不再是古人智慧和书阁中存在的理想化概念，而是成为了一个大幅弥散开来的主流话语，并且以强大的优势融入大众话语中。不管是否出于和谐的动机，刑事和解的参与者们显然都很愿意用"和谐"的话语为这一实践打出正当化的旗帜。

法律发挥作用不仅是通过强制的规范和惩罚，也依靠它所

[1] 参见巫若枝："当代中国家事法制实践研究——以华南R县为例"，中国人民大学2007年博士学位论文。

具有的建立社会关系的权威想象的能力，这种想象是象征性的，是有力的。法律为解释这个世界提供了一系列的范畴和框架。法律语言和实践是文化的架构，它不仅能把有益的意义传递给受过法律训练或利用这些意义处理日常商业交易的人，也能把意义传递给普通的人。在这种意识形态上，法律是一种话语，一种谈论行动和关系的方式。[1]

因此，话语就是对事实的文化表达，或者说是文化包装。关于同一事实，可以有几种不同的话语表达。

第五，现行法律与政策依据和刑事和解裁量权的大小。现行法律与政策是所有正式和非正式制度运行的依据。尽管多数法律在实践当中可以比较灵活，并不是所有的法律和政策都能够得到执行，但毕竟大多数现象是在现行法律和政策的框架之内进行的。长期的实证观察告诉笔者，目前的众多刑事和解实践，都是在现行法律与政策的框架内进行的，现行刑法的量刑幅度，各种从轻、减轻情节，给了法官和其他办案人员很大的裁量余地，还有近年来宽严相济、轻刑化等政策给了办案人员采用刑事和解的依据。由于刑事和解本身属于裁量性制度，尤其在中国的现阶段，是否运用刑事和解、达到什么程度才适用和解等各种情况都由办案机关或具体办案人员来把握，因此，其制度本身，更加贯穿着裁量权，所以涉及刑事和解的裁量权可以简称为“刑事和解裁量权”。也可以说，刑事和解裁量权是刑事裁量权在刑事和解中的具体体现和延伸。在某种意义上，可以说刑事和解是刑事裁量权的产物。各个国家的刑事和解尝

〔1〕［美］萨利·安格尔·梅丽：《诉讼的话语——生活在美国社会底层人的法律意识》，郭星华、王晓蓓、王平译，北京大学出版社2007年版，第13页。

试都是在法律尚未规定的时候，在实践中慢慢发展起来的。所以它产生的权力基础在于刑事司法领域中的裁量权，如果没有一定的裁量权，刑事和解制度不可能在现有的法律框架下大张旗鼓地产生。

六、小结

通过对牧区的刑事和解实践进行观察和描述，我们再一次看到了生动的地方性实践，看到在看似天高皇帝远的边境地区，仍然存在着司法过程中的刑事和解实践，即使单一和相对简单，却仍不失为一种刑事和解的地方性实践，这是民间习惯对正式司法制度的影响，也可以说是司法过程中自发产生的司法惯习。刑事和解实践在正式的刑事司法中从何时起开始存在已无从判断，或者可以说，刑事和解实践早在正式司法诞生之日前便已存在，但罪刑法定原则的盛行使这一实践无法登上正式司法场域中的大雅之堂，并且总是在实践中被缚住手脚。

那么，无论在司法人员的经验感受中还是在事实上，这一实践近年来具有增加并被纳入制度化的微妙迹象，这既是我国兴起的刑事和解实践探索和制度化建设的影响，也是在主流话语的背景下被推进的结果。

种种迹象表明，刑事和解的制度化建设是我国现代法治建设的一部分。地方性实践对现代法治建设的意义不必多说，无论是牧区的特性还是与全国刑事和解实践的共性，都可以为现代法治建设带来所需的各种知识。现代法治的地方性与普世性尽管在某种意义上是个悖论，但在另一种意义上现代法治是普世性基础上的地方性的结合，也可以说是“法律统一下的规则

多元化”。[1] 所以，在刑事和解的制度建构中，这种牧区的地方性实践也实属不可忽视。并且刑事和解的制度建设已经被纳入多元化纠纷解决机制建构的一部分，其不仅作为多元化纠纷解决机制的一元，而且刑事和解本身也呈现出多元化的特征，其中，地方性实践和少数民族的习惯法实践属于不可分割的一部分。

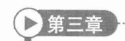
刑事和解在宽泛的意义上是一个普遍的刑事司法实践，也可以说是普遍的司法惯习。从社会控制的角度来看，在民间有私力救济，在众多学者的研究视野中，除了大量的民事领域中的私力救济之外，还有少量的刑事案件的私力救济，一般情况下，协商性私力救济（即私了）很少进入国家法的视野中，因此刑事案件的私了也不容易进入国家法的视野中。与上述民间领域的私力救济相对，在国家司法领域中，长期存在着相当于刑事和解的司法惯习，并且往往受到当地私力救济习俗和习惯的影响。另外，即使在偏远的边境牧区都有改良的、制度化刑事和解的形式产生了。那么，民间私力救济—司法惯习—制度化的刑事和解三者既是历时性的，也是共时性的，并且三者互相影响，也没有可截然区分的界限。

我们除了看到牧区刑事和解实践的各种特性之外，也应该看到与其他地区和文化中都存在的共性。特性在于牧区自有其特殊的刑事和解需求，并且具有由自身特点决定的和解便利性。各个地方都有从本地方世世代代的生产生活和日常交往中产生的摩擦和对其进行愈合的方法和习惯，并以不同形式影响着司法惯习，刑事和解作为原来司法中的惯习，其根源在于地方特

---

[1] 参见范愉：《纠纷解决的理论与实践》，清华大学出版社 2007 年版，第 136 页。

殊的社会需求，并由自身特点决定的可行性、便利性，以及难点，等等；其共性乃刑事和解从传统的司法惯习发展为正式制度并作为刑事司法的辅助制度的努力，并且很多新的探索受到了国外的恢复性司法和刑事和解理论与实践的影响，除了强调加害人的经济赔偿外，同时注重当事人双方的沟通、谅解等心理修复，从而达到真正的和谐目标。



刑事和解的历史文化探源

我们生活在一条思想的河流当中，我们在不断地记忆着过去，同时又怀着希望或恐惧的心情展望着未来。

——［英］汤因比（Toynbee）

在第一章的论述中，除了对刑事和解的制度基础做了一番论述之外，对刑事和解的历史文化根源几乎只字未提，只有在第二章的个案观察中，才提到了刑事和解的历史与文化根源，但始终未展开。本章的任务，便是对刑事和解制度的历史文化根源进行追溯和挖掘，并对其不同历史语境与文化语境中的相似制度予以揭示。所以，本章是对前两章内容的延伸和深化，因此也可以视为是描述性的，是对刑事和解制度的进一步描述。

一、解释，抑或描述？

在今天的法律制度中出现与过去有着家族相似性的制度或现象是很常见的事情，但对于如何理解这些制度之间的关系问题却是有争议的。从一方面来看，社会政治环境的不断变迁，使得过去的制度与今天的制度不可能同日而语，甚至在不同语境下使用的概念都是不可相提并论的；但在另一方面，历史总

是一种迂回曲折的进程，不同历史语境下的事物之间又有着一定程度的延续性和关联性。

今天的刑事和解制度是一个独特的制度，它在特殊的环境和基础之上产生并制度化，在这个意义上它与历史上的任何一项非正式或正式制度都不尽相同，如以钱赎刑、民间的和解私了，甚至与西方的恢复性司法和刑事和解制度也不可同日而语。如果基于这样的观点，对刑事和解的性质定位问题就似乎变得很简单，它与历史上的以及不同文化中的任何一项制度或现象无关，从而只对今天的、中国的刑事和解实践进行研究即可。我们已经通过第一章了解到刑事和解在我国现有制度框架中具有一定的基础和空间。而制度基础只是一项制度或现象的直接原因，其背后隐藏着丰厚的历史文化基础。如果孤立地研究刑事和解制度，就人为地把它的历史和文化阻断了，就会导致所有的判断只能流于表面。

因此，本章的任务便是在历史文化的语境中观察刑事和解，而这种观察仅作为对刑事和解制度前世今生的进一步描述。这种不同语境下的制度涉及了民间语境中的私力救济，与历史语境中的以钱赎刑，以及少数民族的赔命金等习俗，以及国外的恢复性司法和刑事和解制度，甚至与辩诉交易制度也有着一定的关联和区别。

二、前国家时期的刑事纠纷处理与刑事和解

（一）同态复仇

在人类社会中，报复是一种面对侵害采取的最为常见的反应方式，属于报复性私力救济，包括私人之间的监控与惩罚、集体对个人的监控和惩罚。所以，报复就是一种惩罚方式，即受到侵害的个体通过报复对方而弥补自己在物质和心灵上所受

到的损失。但其又具有偿还性，历史上存在过的种种“以牙还牙”、“以眼还眼”、“以命偿命”等同态复仇，或者过度报复，以及赔偿损失等，都具有偿还性。因此，同态复仇意味着一种用同类事物清偿债务的方式，即：

> 以你眼睛的价值来衡量我眼睛的价值，以我牙齿的价值来衡量你牙齿的价值。眼与牙成为估价的单位。但同态复仇并不止于此。令人感到非常恐怖的是，它似乎也要求把眼、牙和生命视为支付手段。麻烦你，用叉把那只眼睛挖出来。[1]

我们来看同态复仇原则。社会生活在不断地被打破平衡和恢复平衡的过程中维持着基本的平衡。一个人受到来自外界的侵害即意味着日常生活秩序被打破，所以他一定要采取某种措施来恢复原有的平衡，这种恢复既包括物质层面，也包括精神层面。人类历史上出现过的正义、公平等概念都与此相关，因为一切公平与正义的最原始含义便是恢复平衡，即“直到秤盘恢复平衡，事情才会了结”。[2] 因此，一人受到另一个人的侵害属于“打破平衡”，天平倾斜了，求偿的行动便会开始。你打断我的胳膊，我也打断你的胳膊，这样才能够扯平。人类社会，甚至一切生物和物理世界一直都这样，不断地打破平衡，又不断地恢复平衡。人类历史上发展出的所有关于报仇雪恨、施以应有的惩罚、实现正义，以及关于荣誉文化等，都是关于这一

---

〔1〕［美］威廉·伊恩·米勒：《以眼还眼》，郑文龙、廖溢爱译，浙江人民出版社2009年版，第1页。

〔2〕［美］威廉·伊恩·米勒：《以眼还眼》，郑文龙、廖溢爱译，浙江人民出版社2009年版，第68页。

天生法则的文明话语实践。人类社会经过了几千年的发展，关于报复、惩罚、赔偿等的规则和形式也经历了一个从野蛮到文明的过程，关于正义的话语也经历了各种不同的面貌。不过，如果从中剥离出实质，可以说几乎万变不离其宗，即无论形式如何，始终潜在地蕴含着对人的生命、器官、肢体，到现代社会甚至对精神的估价，并且用某种方式作出偿付和恢复平衡。

一是针对身体部位的报复和偿还。“你要用你的肠子来偿还”，这是阿兹特克社会的一句比喻，非常形象地总结了这个古老而永久的关于报复与偿还的规则。[1] 如果你把我的手砍断了，我就把你的手砍下来，或者用你的肠子或其他部位来偿还。这是一种纯粹的惩罚性样式。如果这一方式实现了，也许双方可以扯平，但复杂的现实生活往往不会这么容易就结束。因为人们会说：如果你不想让你的手或其他部位也同样损失掉，那就拿钱来！这是赔偿性样式——身体部位与金钱对价的由来。马林诺夫斯基的人类学观察印证了复仇与血钱之间的关系：

> 无论在何种情况下，当一个男人被另一个亚氏族的人杀死后，（同一氏族）都有以牙还牙的义务。在理论上这是绝对的，但在实践中只有在当权者和重要的成年男子被杀的情况下，才被认为是义务。假使死者是因为自己的失误而命丧黄泉的话，这义务就显得多余了。在其他的案件中，当血族复仇明显地是受亚氏族的荣誉所支配时，仍可用血钱的替代方式来逃避责任。将赔偿金送给敌方每位受伤的人和战死者的亲属，是一项在战后维持和平的正式制度。并且在谋杀和杀人行为发生时，血钱

〔1〕 参见［美］威廉·伊恩·米勒：《以眼还眼》，郑文龙、廖溢爱译，浙江人民出版社2009年版，第5页。

也能使生者从以牙还牙的责任中解脱出来。[1]

二是身体部位与金钱的通约。在人们的观念和表达，乃至话语中，“以牙还牙，以眼还眼”是天经地义的，所以在关于前文明社会的报复或私力救济中，身体部位乃至生命的金钱对价仅作为一种例外存在于历史记忆中，但是历史实际与话语实践之间往往存在一种悖论，实际上关于这种同态复仇的话语致使人们忽略了它暗含的另一种规则，即为了不损失自己的身体部位或生命，就通过对其进行估价后予以偿付。

民间的私力救济无非两种类型：报复性私力救济和赔偿性（和解性）私力救济。两种私力救济的对应样式为惩罚性样式和赔偿性样式。对两种不同样式的选择，因社会和时代的不同而不同，也因经济水平、社会结构的不同而不同，虽然对于几种变量之间的准确关系，不同学者有不同的看法，但可以确定的是，两种样式之间在宏观上不存在非此即彼的情况，在实质上也并不是不可通约的两种情况，两种样式在同一个案中可以同时存在，也可以互相转化。就像马林诺夫斯基所描述的原始社会的习俗与法律，理论上报复是义务，但实际中常常可以变通为“血钱”。

所以，我们可以肯定的是，惩罚与赔偿是一个问题的两面，惩罚基于报复，而赔偿是避免报复和惩罚，以及扯平的一种策略，因而可以说，惩罚的一种潜在暴力性威胁可以保证赔偿性样式的实现。

---

〔1〕［英］马林诺夫斯基：《原始社会的犯罪与习俗》（修订译本），原江译，法律出版社2007年版，第79页。

（二）复仇制度的兴起与衰落

在私力救济的全盛时代，复仇作为社会控制的重要方式，在人类社会中占主导地位，并逐渐发展至制度层面。

1. 关于复仇的两种话语实践。围绕着复仇制度，在人类历史上亦形成了截然不同的两种话语，并且作为对复仇制度正当性的一种讨论，在话语层面上，甚至在实践、制度层面上也发挥了一定的作用。

首先，复仇关乎荣誉，关乎文化。“在一些文化中，复仇在社会交往规范中扮演着重要的角色，这些文化都特别强调荣誉。羞耻是对丧失荣誉所产生的反应，它帮助人们克服恐惧，所以它使受害人在受到攻击或辱骂时更可能予以反击。从荣誉、耻辱和复仇的相互作用当中产生了交换、平衡、互惠、‘计分’这些概念——它们后来被法律采用，起初是在‘校正正义’的标题下采用的。”〔1〕也有学者认为，复仇产生于对荣誉的追求，而不是荣誉对复仇起辅助性的作用。对荣誉的强调会提高进行复仇的可能性。〔2〕在一些西方的著名文学作品中，复仇往往作为一种有趣的题材而一再地被书写。同样，复仇制度在中国历史上也曾长期存在过。关于复仇的话语，如“君子报仇，十年不晚”、“男子汉大丈夫，有仇必报”等一直作为复仇正当性的写照。实际上，这也是将复仇与荣誉和伦理道德联系在一起，反过来又对复仇愿望不强的人发挥着一种激励的作用，使其不得不进行复仇。与此相关，复仇文学是复仇文化的一种副产品，生动

---

〔1〕［美］理查德·A. 波斯纳：《法律与文学》（增订版），李国庆译，中国政法大学出版社 2002 年版，第 66 页。

〔2〕Frank Henderson Stewart, *Honor*, ch. 5，转引自［美］理查德·A. 波斯纳：《法律与文学》（增订版），李国庆译，中国政法大学出版社 2002 年版，第 66 页。

地对复仇的荣誉、文化性话语加以再现，甚至进一步地渲染。[1]

其次，复仇是野蛮、血腥的行为，应当禁止。关于复仇的这种负面话语应该在时间上比上述积极话语晚近，但是有可能在相当长的一段时间内两者是并存的。而真正确立这样的话语是在国家公权力产生之后。因为在没有公权力的社会，复仇制度是社会控制的重要方式，而且是个体防御外来侵犯的主要方式。复仇制度发展到一定程度之后，不管个体是否采取行动，它都会作为潜在的保障体系发挥作用，这也是制度的意义所在。而国家产生之后，在纯粹民间社会的复仇逻辑之上出现了国家的惩罚逻辑，因此，复仇作为制度逐渐消亡并不复存在，但它作为一种行动和现象从来没有消失过，直至现在。于是，在国家的刑罚制度下，复仇作为一种野蛮的行为而被宣告为非法，复仇在国家的话语体系中，成为野蛮、血腥的行为。

上述两者都是关于复仇的话语与解释，作为一种描述性话语，并没有太大的问题，但是作为解释性话语，却有着很大的片面性。原因在于，尽管话语可以被视为客观存在的社会事实，但与真实的制度逻辑毕竟不是一回事。任何一项制度的背后，都隐藏着其最真实的生存逻辑。

---

〔1〕 西方有《哈姆雷特》、《伊利亚特》等经典的文学作品，将复仇的文化、道德、荣誉相关的话语实践表现得淋漓尽致。关于《伊利亚特》，波斯纳（Posner）有一段形象的论述：直到《伊利亚特》的最后一卷，阿基琉斯的行动完全是出于对自己荣誉的关心和对包括布里赛伊斯和普特克勒斯在内的个人物品的关心，而他的个人物品同他的荣誉之间没有清楚的区分。参见［美］理查德·A. 波斯纳：《法律与文学》（增订版），李国庆译，中国政法大学出版社2002年版，第96页；而中国更有《赵氏孤儿》、《水浒传》等文学经典，还有属于中国的独特的文学题材——武侠小说，尽管是以“侠”作为主题，而“侠”特指那种嫉恶如仇、重信义、轻生死的君子，所以故事的主线往往都是关于复仇、行侠仗义，而行侠仗义往往也与复仇制度有关，因为行侠仗义、拔刀相助客观上可以保证未来其他的侠客以同样的方式对待自己。

2. 复仇制度的深层逻辑。在国家和法律产生之前，复仇作为社会控制的一种重要方式扮演着个体防范来自他人侵犯的角色，并逐渐上升至制度层面。这种复仇行为乃至复仇制度无疑成为人类的集体无意识。而当一种行为模式成为一个群体、民族、人类的集体无意识之后，其最初的起源和目的都不再被意识到，甚至经过话语的正当化解释和实践之后，很有可能会被赋予全新的意义——关于道德的或文化的。这种意义随着时代和背景的不同而不同，就如上面论述的关于复仇的两种截然不同的判断和话语实践一样。

在前国家时期，复仇是维护社会秩序与和平最重要的方式。关于复仇制度的起源和发展，理论上可以有不同的解释，一是可以从人类的生物性本能来解释人类的报复和复仇行为，人受到侵犯后具有反击的本能和欲望，这在自然界的动物中也普遍存在，所以人类的很多报复行为都是非理性的；二是可以从荣誉和伦理道德的方面来解释，我们在复仇的故事和话语中总能够看到对于复仇的一种关乎于荣誉和道德的因素；三是可以从心理学的角度解释复仇的动机和情绪根源，即人们对于外来侵犯的强烈愤懑；四是可以从社会凝聚力的角度来解释，马林诺夫斯基是典型的代表，他认为在氏族内部存在的复仇原则是增加氏族团结的一种手段，氏族一体化作为一种理想层面的东西，“既不是人类学家虚构的一个童话，也非原始法律的一个或唯一真正的原则，而是解开所有氏族之谜和难题的钥匙”。[1] 这些

---

〔1〕 所以，作为一种理想层面的原则，血族复仇的原则常常遭到违反，将赔偿金送给受伤者或死亡者的亲属作为一种逃避血族复仇的责任的替代方式很常见。参见［英］马林诺夫斯基：《原始社会的犯罪与习俗》（修订译本），原江译，法律出版社2007年版，第79页。

解释的视角和方式在复仇制度的某一方面都很有道理，但很容易引出上述两种话语，而话语与真正的制度实践是两码事，把话语作为结论未免过于草率。所以我们需要更有说服力的解释理论。

波斯纳采取一种“理性选择”的解释进路阐述了复仇制度在各种文化、道德、荣誉等外衣下的生存逻辑。首先，潜在受害人想要阻止对自己的侵犯，必须做的基础性工作便是让潜在侵犯者相信他会报复，所以，报复本能和愿望强烈的人更容易在生存竞争中获胜。其次，原始社会的人为了使自己更强大，就得需要盟友，自己的亲属必定是首选，“没有亲属的人就像一个被放逐的人一样”。于是，这个状况的后续发展，必定是逐渐扩及家族、氏族、部落乃至部落联盟等，因为大家会越来越倾向于组成足够大的团体。而且导致报复行为变得过于经常和野蛮，并经常导致世仇。最后，尽管复仇逐渐上升为制度层面，越来越倾向于完善，并促成了一个又一个庞大的团体，而这样的团体便是国家的雏形。而复仇制度天然的不确定性、缺乏节制等缺陷，必然在团体中进行集中管理以便减少因个体的原因而把团体陷入复仇漩涡的风险，这便是国家的法律规则、惩罚权力、刑事司法制度等的雏形。[1] 苏力先生追随波斯纳的进路，通过对传统戏剧材料的分析，也证明了中国复仇制度的发展和作为制度而消亡的轨迹与上述状况相似，当然，中国特有的制度和文化背景也造就了一些独特的习俗和文化，如古代中国的

---

〔1〕 参见［美］理查德·A. 波斯纳：《法律与文学》（增订版），李国庆译，中国政法大学出版社 2002 年版，第 2 章。

“养士”传统。[1]

所以在一定程度上，国家权力是复仇制度发展到一定程度的产物。复仇制度的这种发展轨迹印证了事物通常发展的轨迹：某一事物不断发展、不断完善，发展到顶峰，也就意味着迎来了消亡。复仇制度不断发展、不断完善，发展到顶峰的结果便是国家权力的产生。在国家权力替代了复仇制度的同时，复仇制度被推入了不合法、不正当的境遇。苏力通过对古代复仇故事的分析也表明，在没有公权力的社会，复仇是维护社会秩序与和平的唯一方式，在复仇制度的发展中，逐渐地又发展出群体内部的秩序，最后发展成为国家。他分析道：

起初，群体扩大的好处之一就是人多势众，因此理论上看有利于对外复仇。但群体一大，群体内部的亲缘关系就越来越淡化了，也就更缺乏为了他人进行报复的生物冲动了。这时，如果没有强有力的内部组织机制，就无法保证人们坚定不移、前仆后继、不计代价地实施这种复仇，复仇制度就有崩溃的危险。同时，没有内部组织机制，也无法防止任何群体内部都必然会发生的冲突。为防止个别人漫不经心引发其他群体的复仇行动，殃及他人，群体内也需要一个组织机构来强制执行内部规则，加强内部的约束。最后，任何群体行动也都需要内部的组织、动员和协调。正是在这些需求的推动下，群体内的组织性日益增强，对公权力的需求也越来越强。[2]

---

〔1〕赵氏孤儿大报仇的故事给我们展现了这种复仇文化的要素，参见苏力：《法律与文学》，生活·读书·新知三联书店2006年版，第1章“复仇与法律”。

〔2〕苏力：《法律与文学》，生活·读书·新知三联书店2006年版，第69、70页。

随着社会分工、剩余产品的产生，有一部分人可以用自己的全部或部分时间从事公务活动，这为国家公权力的产生提供了物质基础。

（三）复仇制度的例外：赔偿金

正如前面所分析，复仇制度的确是前国家时期的主要社会控制方式，但是制度并不意味着每次都能够得到实施。在部分情况下，作为被害人的复仇义务人有可能以索要赔偿金来代替惩罚，所以，在被害人及被害人的家人、同族人等关于复仇还是接受赔偿金方面存在一种选择。因此，这种赔偿金的形式造就了另一种和解性（赔偿性）私力救济的形式。

国家或其他组织的社区能够代替被侵犯的受害者及其家人承担抓获和惩罚侵犯者的责任，但是，即使在这种情况出现之前，也还是出现了一些习惯来减轻复仇实践存在的一些问题。其中一个就是报应原则，也就是对侵犯要予以完全对等的报复——以眼还眼……另外一个节制的原则是“赎罪金”（血锾、赎杀金），在这个原则下，受害者或者受害者的家人必须，或至少是被鼓励接受某种伤害赔偿金，从而使侵犯者不再承担责任。[1]

所以，复仇制度也会有例外，最常见的便是通过协商和解等方式支付赔偿金。可以把这种不同于报复和复仇等报复性私力救济的赔偿性（和解性）私力救济视为对血族复仇原则的违反，也可以视为另一种选择的存在，因为受害者的家人或所在

〔1〕［美］理查德·A. 波斯纳：《法律与文学》（增订版），李国庆译，中国政法大学出版社2002年版，第72页。

的团体确实可以为了逃避复仇的责任而选择这样的方式。甚至在一些社会或团体中，往往存在关于赔偿金的常规性规范或原则。

三、民间领域中的“刑事”和解：少数民族赔命金等习俗

综观各民族的刑事习惯法，有关“杀人偿命”、“以命填命”等习俗广泛存在，但与此同时，有关赔命价、肉体刑等习俗也比较普遍。而且很多时候是选择性的，如果双方按照赔命价或者其他赔偿习俗协商不成，就往往会采取复仇、惩罚等行动，有的是赔偿与惩罚并存，即惩罚性私力救济与赔偿性私力救济同时存在。如景颇族，在杀人案件中，杀人者必须赔命价，一般须赔八至十头牛，并按同态赔偿原则赔偿，如头发赔羊毛二三斤，脑子赔玛瑙或银子四十两，眼睛赔两颗宝石，耳朵赔两块打火石，手脚赔四把大刀等。[1] 瑶族不论杀人者年纪大小或男或女，一律要被“吃人命”。瑶族认为女性能传宗接代，比男性价值高，故杀死女性要赔990元白银，杀死男性只赔216元白银。同时，发生杀人案件之后，亲属、舅家齐集凶手家，中间人从中调解赔偿，如不允赔偿，就可能扩大为械斗。要赔人命钱、眼泪钱、火塘钱等各项费用，如果到预定期限不出，则要多加一倍或两倍的数目。如果当事者无力偿付，便要由家族偿付。[2] 在土族习惯法中，打死人须赔的命价由双方协商而定，最少的也须赔200两银子。后来不用银子时则用牲畜、粮食折

---

〔1〕 云南省编辑组编：《景颇族社会历史调查（三）》，云南人民出版社1986年版，第15页。

〔2〕 高其才：《中国习惯法论》（修订版），中国法制出版社2008年版，第329页。

成银价，命价多少无一定标准，看对方家产而定。有时命价过高，则凶手的亲友、村人都须负担，牵累甚广。赔过命价，凶手不再受处分，即“罚了不打，打了不罚”。[1] 藏族对杀人凶手，也是或罚或赔。打死人之后，被害者一方要出兵报复，杀人的一方则给对方送一百元左右的牲畜作抵挡款，表示低头认罪，愿意谈判解决。命价因地区、死者的身份而有差异，一般为500~1000元藏洋。纠纷调解后，双方见面和好，杀人一方再给死者一方价值若干金钱的牲畜，死者家属得1/3，2/3归调解人。纠纷全部结束后，写一份协议书，由头人保存。[2]

另外，对于殴斗、伤害的处理习俗也兼具赔偿与惩罚的内容。有些规定可以明显看出是惩罚性（报复性）的还是赔偿性（和解性）的，有些并不明显的，可以理解为两者兼而有之。如土族习惯法中，打架伤人后，先由第三方调解，然后由理亏的一方向对方赔情，轻者携酒亲自到被害人家里喝酒，表示和好，情节重一些的相应地携一定的财物到被害人家赔礼道歉。[3] 这是典型的赔偿性（和解性）纠纷解决，如畲族父子打架就有备酒请亲戚的习俗。[4] 按照彝族习惯法，同一氏族内部打架，须从重赔偿。打坏对方一只眼睛，要赔偿金子一两，如把对方的

---

〔1〕 高其才：《中国习惯法论》（修订版），中国法制出版社2008年版，第330页。

〔2〕 四川省编辑组编：《四川省甘孜州藏族社会历史调查》，四川省社会科学院出版社1985年版，第104页。

〔3〕 高其才：《中国习惯法论》（修订版），中国法制出版社2008年版，第333页。

〔4〕 高其才：《中国习惯法论》（修订版），中国法制出版社2008年版，第333页。

耳朵打坏或打缺，则要赔偿一头牛。[1] 这种习俗则是兼具惩罚性（报复性）与赔偿性（和解性）的。

除了上述杀人、殴斗、伤害等习惯法之外，在偷盗、强奸、通奸、毁坏财物、违犯公共利益等情况中都有赔偿性（和解性）纠纷解决的内容。[2] 这些民族习惯法，伴随着社会变迁与统一现代法制的建立，逐渐变迁、发展甚至退出历史的舞台，但诸多内容作为根深蒂固的传统与大传统或现代法律不断地遭遇、互动和相互影响，重新在现代法治的领域中占据了一定的位置，不管人们是否承认，它都是一个社会学意义上的社会事实。正如有学者所说的习惯法在当代刑事实践中是“一种真实而有力的存在”。

习惯法不但在刑罚量定上举足轻重，有时甚至对犯罪的成立也发挥致命影响；从作用机制和方式上看，从“刑转民调解”、“不立案侦查”、“不起诉”（免予起诉）到“判断伪饰”、“双重司法”，形式多样不一而足。[3]

据一些学者的实证调研，直到解放初期，藏、彝、苗、傣等族群仍然保留着赔命金习俗，近年来又有了重新抬头的趋势。例如，在四川凉山彝区，有的命案会在法院作出判决之前，由德古通过调解就赔偿问题在双方之间达成和解，而这个协议经

---

〔1〕 高其才：《中国习惯法论》（修订版），中国法制出版社2008年版，第332页。

〔2〕 当然，更多的是惩罚性质的。参见高其才：《中国习惯法论》（修订版），中国法制出版社2008年版，第10章。

〔3〕 参见杜宇：《重拾一种被放逐的知识传统——刑法视域中“习惯法”的初步考察》，北京大学出版社2005年版，第2部分。

常会成为法院附带民事赔偿部分的替代。[1] 从这里可看出，赔命金只替代了附带民事赔偿部分，并不意味着刑事部分也达成了和解，表现出民间习惯法与国家刑事法律之间的合作。但是也有诸多研究和报道表明，民间的赔命金习俗与国家刑事司法遭遇时并不是如此顺利和清晰，往往会出现冲突和对立的情况。例如，关于藏族的赔命金习俗的案例和信息不断地在媒体及学者的文献中出现。

> 但是由于习俗势力的逐渐增强，国家法的推行受到了干扰，一些藏民置国家法于不顾，以部落习惯法来处理命案，血案纠纷，他们往往坚持“你判你的刑”、“我赔我的命价”的观点，甚至认为“刑可以不判，但命价、血价不能不赔”。这就使刑事犯罪人既受到国家刑事法律的制裁，同时也受到经济的损失。双重惩罚就成为藏区处理凶杀案件的普遍方式，它受到藏民舆论的支持。[2]

当然，以国家法的眼光看来，杀人或伤人者不但需要赔偿受害人的经济损失，也必然要接受法律的制裁；但在藏民的传统观念中，支付了赔命金就代替了其他惩罚，如果杀人者既支付了赔命金又受到国家刑罚惩罚，就会认为受到了双重惩罚。除此之外，有的命案按照国家刑事法律制度处理后，受害方仍

---

〔1〕 陈金全主编：《西南少数民族习惯法研究》，法律出版社 2008 年版，第 283 页。

〔2〕 陈金全主编：《西南少数民族习惯法研究》，法律出版社 2008 年版，第 283 页。

然寻仇的事件屡见不鲜。[1]

无论如何，这种民间的关于赔偿或和解的习惯或习俗与现代的刑事和解提法在某些方面有着家族相似性。今天的刑事和解实践，尽管诸多方面早已和传统的习惯或规范拉开了距离，但仍然不能忽视其中的某种文化上的延续性。

四、公权力视野中的“和解”实践

（一）刑罚的历史发展与刑事和解

众所周知，刑罚的发展经历了一个从野蛮到文明的过程。在人类的早期刑罚中，依然充斥着同态复仇、神明裁判、等级性等内容。《汉谟拉比法典》第 2 条规定：“倘自由民控告另一自由民犯行巫之罪而没有证据，则被控犯行巫罪者应被带至于河而投入之。倘彼被河所吞噬，则控告者可以占据其房屋；倘河为之洗白而彼仍无恙，则控彼行巫者应被处死，投河者取得控告者之房屋。”这是关于神明裁判的典型规定，其他国家乃至古代中国的神明裁判亦是如此。而《汉谟拉比法典》中关于“以牙还牙，以眼还眼”的同态复仇内容更是比比皆是。其 196 条规定：“倘自由民损毁任何自由民之眼，则应毁其眼。”第 200 条规定：“倘自由民击落与之同等之自由民之齿，则应击落其

---

〔1〕 例如：青海省果洛藏族自治州甘德县青珍公社牧民闹者，与另一牧民才秀因牲畜吃草问题发生争执。才秀用木棒击打闹者头部，闹者则以刀刺中才秀左肩及胸，致其死亡。案发后，闹者最终被甘德县人民法院以故意伤害（致人死亡）罪判处有期徒刑 3 年。1981 年，闹者获假释出狱。被害人亲属闻讯后携刀去找闹者追杀。次日，闹者的母亲拿 100 元现金到被害人家求情，后来又请宗教人士和原部落头人的后裔出面调解，赔偿命价 6000 元，被害人亲属方才罢休。张继民主编：《渊远流尽——藏族部落习惯法法规及案例辑录》，青海人民出版社 2002 年版；转引自杜宇：《重拾一种被放逐的知识传统——刑法视域中“习惯法”的初步考察》，北京大学出版社 2005 年版，第 117 ~ 120 页。

齿。”但《汉谟拉比法典》也有因人采取惩罚措施的规定，如对社会地位较高的阿维鲁等级采用“以牙还牙，以眼还眼”，而对社会地位低下的穆什钦努和奴隶则采用罚金刑。[1] 这些规定体现出刑罚的同态复仇特点的同时，也体现出明显的等级性。除此之外，古代刑罚也表现出极大的残忍性和野蛮性，这在古代中国的刑罚方式中可以看到。如古代中国的奴隶制五刑：墨、劓、腓、宫、大辟，仅死刑方式就有数十种，如族诛、凌迟、枭首、腰斩、剥皮、弃市、抽肠等。

到了中世纪，欧洲的刑罚尤其是死刑处于一种极端残忍、野蛮的状态，如将被判处死刑的人“剥皮、钉在尖桩上、喂昆虫或野兽、沉水、石击、钉在十字架上、焚烧、肢解、砍头、勒死、活埋、压死、水煮、车裂、枪杀、饿死和做炮灰”[2]。这样的状况一直持续到18世纪。1757年的法国巴黎，著名的达米安（Damiens，有的地方翻译为“达米恩斯”）案件把残酷的死刑执行表现得淋漓尽致：

在接下来的几个小时里，一群拷打者在达米恩斯颤抖的肉体上打着、烧着、烫着、压着、挖着、割着，而围观者却在吃着、喝着、取乐着。绝大多数围观者以前都经历过行刑场面，但是这次有些特殊，是一部力作，是一部他们多年才看到的最好表演。[3]

---

〔1〕何勤华、夏菲主编：《西方刑法史》，北京大学出版社2006年版，第62页。

〔2〕［加］西莉亚·布朗奇菲尔德：《刑罚的故事》，郭建安译，法律出版社2006年版，第4页。

〔3〕［加］西莉亚·布朗奇菲尔德：《刑罚的故事》，郭建安译，法律出版社2006年版，第2页。

福柯（Foucault）从当年的《阿姆斯特丹报》（1757 年 4 月 1 日）（*Gazette d'Amsterdam*）也找到了相关描述：

最后，他被肢解为 4 部分。这道刑罚费了很长时间，因为役马不习惯硬拽，于是改用 6 匹马来代替 4 匹马。但仍然不成功，于是鞭打役马，以便拉断他的大腿、撕裂筋肉、扯断关节。[1]

达米安案件之后又经过了不到一个世纪，欧洲及美国关于刑罚的改革开始了。各种改革方案、有关犯罪的新理论、新的观念纷至沓来、层出不穷。当时出现了一种新的有关法律和犯罪的理论，新的法律与新的规则逐渐代替旧时代的法律与规则。[2] 在一系列变化中，最为典型的是公开处决被监禁刑所替代，刑罚不再是血淋淋的公开事件，而成为如今时代中为人所知的那样，主要变成较温和的隐蔽事件。[3] 正如福柯所说：

因此，惩罚将愈成为刑事程序中最隐蔽的部分。这样便产

---

〔1〕［法］米歇尔·福柯：《规训与惩罚》，刘北成、杨远婴译，生活·读书·新知三联书店 1999 年版，第 3 页。

〔2〕参见［法］米歇尔·福柯：《规训与惩罚》，刘北成、杨远婴译，生活·读书·新知三联书店 1999 年版，第 7～33 页。

〔3〕当然，这并不是说改革之前没有监狱，实际上，监狱、看守所一直都存在，与公开处决、羞辱刑等同时存在，其状况也相当残忍和混乱。在那个刑罚改革的年代，由治安官约翰·霍华德在出版的《监狱的状况》一书中描述了对英国和欧洲大陆看守所的调查，引起较大震动，促使政府采取行动改变监狱的残忍混乱状况。参见［加］西莉亚·布朗奇菲尔德：《刑罚的故事》，郭建安译，法律出版社 2006 年版，第 24 页。

生了几个后果：它脱离了人们日常感受的领域，进入抽象意识的领域；它的效力被视为源于它的必然性，而不是源于可见的强烈程度；受惩罚的确定性，而不是公开惩罚的可怕场面，应该能够阻止犯罪；惩罚的示范力学改变了惩罚机制。[1]

上述刑罚的发展史中从残忍到文明、从公开到隐蔽的轨迹在中国历史上也同样适用，汉文帝除肉刑、废连坐，隋唐定五刑刑名，废除历代沿用的诸多酷刑，还有清末建立新五刑制度，都体现出死刑方式简化统一、刑罚方式日臻文明的历史规律。[2]

那么，对于历史上逐渐废除残忍的、公开的、羞辱性的刑罚，日渐走向温和、文明这一事实，很多人认为是道德的进步。对此小波斯纳认为，因果关系也许恰恰相反，即人们越来越不习惯于看到那些公开的折磨和处决。[3] 公开的羞辱刑并不单单是为了被惩罚的人，而更多地是为了民众，“疼痛不是为了受刑者的利益，而是为了旁观者的利益”，[4] 换言之，刑罚作为国家治理术的体现日益走向温和、精细化。[5] 乃至今天出现了刑罚轻缓化的国际性潮流。

而在今天，在各国以犯罪与刑罚为主要内容的刑事司法系

---

〔1〕［法］米歇尔·福柯：《规训与惩罚》，刘北成、杨远婴译，生活·读书·新知三联书店1999年版，第9页。

〔2〕参见罗翔：《中华刑罚发达史——野蛮到文明的嬗变》，中国法制出版社2006年版，第18页。

〔3〕［美］埃里克·A. 波斯纳：《法律与社会规范》，沈明译，中国政法大学出版社2004年版，第155页。

〔4〕［美］埃里克·A. 波斯纳：《法律与社会规范》，沈明译，中国政法大学出版社2004年版，第157页。

〔5〕详见第六章的论述。

统中，出现了刑事和解这一制度，这似乎与主流的刑事司法模式有些不符。因为，它注重对当事人双方关系的恢复和对被害人损失的赔偿，并在和解成功后对加害人采取非刑罚化的处置或者相对较轻的刑罚方式。但从刑罚发展的历史来看，刑事和解却符合了日渐温和、轻缓的刑罚发展模式，又顺应了国家性的刑罚轻缓化潮流。

（二）中国以钱赎刑制度的历代发展脉络

中国的多数朝代都提倡“严刑峻法”，但因受到儒家“慎刑仁德”思想的影响，也出现过一些对轻微犯罪从轻发落的情形，历代的“以钱赎刑”即说明了这一情况。但是，这一制度似乎从国家和法律诞生起便产生了，据传夏代即有了“金作赎刑”，《尚书·吕刑》中载：“吕命穆王，训夏赎刑。”《尚书大传》中亦载：“夏后氏不杀不刑，死罪罚二千馔。”

《尚书·吕刑》中说：“墨辟疑赦，其罚百锾，阅实其罪。宫辟疑赦，其罚六百锾，阅实其罪。大辟疑赦，其罚千锾，阅实其罪。墨罚之属千。”即对于无确凿证据，难以定罪的案件，可以铜赎罪，五刑皆可用赎刑。

春秋时期的赎刑主要体现为罚甲兵之刑，这是关于战争俘虏赎身的规定，并非一般所说的赎刑。但在秦朝时期有了新的发展，犯罪之人不仅可以用金钱赎刑，还可以相应的劳役抵赎，即“居作”。当然，这种赎刑制度并非适用于每个人，而是只有拥有一定身份、地位的人才可赎减。到汉朝时，赎刑已发展得相当完备，“根据罪人不同情况有不同的赎刑方法，并且根据本刑的不同，赎金亦有等差，具体有赎钱、入谷、入缣、顾山、居住等形式。汉朝赎刑的另一个特点就是罚金与赎刑完全分开，

不再混淆”。[1]

赎刑经过魏晋南北朝时期，到隋唐时期逐渐法律化、制度化。不但正式将身份特权关系引入赎刑，恤刑手段也逐渐制度化，如《唐律》规定：

年纪在70岁以上，或者15岁以下的，或者残疾人（废疾：痴哑、腰脊折、一肢废）犯流罪以下都可用赎刑；年纪在80岁以上或者10岁以下的，或者患重病（笃疾：恶病、两肢废、两目盲），犯反、逆、杀人、盗窃、故意伤害等罪本应该判处死刑的，经过皇帝批准也可用赎刑。[2]

后来，宋元明清各朝都基本延续了隋唐的赎刑制度。值得一提的是，明朝的赎刑制度不限身份、刑级与钱财，对同一刑罚有多种赎法供罪犯选择。[3]

从历朝历代的赎刑制度实践来看，它在本质上属于国家与犯罪人之间的一种交换，在有罪推定及国家惩罚主义的背景下，犯罪人符合一定条件即可向国家缴纳一定的赎金，以换得免于国家的刑罚惩罚。需要注意的是，犯罪人交付赎金的对象是国家，而不是受害人。因此，这可以说是一种“公赎”，与“私赎”相对应，如果加害人通过重金收买被害人家属的方式换得被害方不起诉、撤诉，甚至在庭审中自认诬告，即称之为私赎。

---

〔1〕罗翔：《中华刑罚发达史——野蛮到文明的嬗变》，中国法制出版社2006年版，第192页。

〔2〕罗翔：《中华刑罚发达史——野蛮到文明的嬗变》，中国法制出版社2006年版，第196页。

〔3〕罗翔：《中华刑罚发达史——野蛮到文明的嬗变》，中国法制出版社2006年版，第200页。

在私赎中，法官并不必然受到被害人示弱态度的影响，这为加害人收买法官的自由裁量权提供了机会。因此，私赎常表现为明暗两面，即在明面上打着“赔”的名义追求息事宁人的效果，而在暗中包含着对公权力加以收买的意思。因此，即便在古代，“私赎”也是一个不具有正当性的刑事潜规则。中国法制现代化转型之后，公诉制度彻底斩断了“赎”与“罚”之间的关系，应当说，是历史的进步。[1]

那么，今天的刑事和解制度在交付金钱等形式上与以钱赎刑很类似，但实际上，二者之间的区别是很大的。①古代赎刑是一种以刑种为基础，以金钱或劳役折抵刑罚的制度，而今天的刑事和解强调的是加害人对受害人的赔偿和恢复，加害人面对并履行金钱交付的对象是受害人而不是国家或司法机构；②古代赎刑实际上是犯罪人与国家就刑罚进行的交易，而刑事和解中当事人双方的交流或者交换更为突出；③赎刑与刑事和解遵循的理念更为不同：赎刑贯彻的是一种由犯罪人向国家赎罪并赎买刑罚的思想，而刑事和解实际上是犯罪人向被害人的交代，即通过向被害人积极悔过赔偿以获得谅解；④中国历代的赎刑制度大都是社会根据不同的身份适用的，从而具有鲜明的身份性和阶级性，而今天的刑事和解制度从理念上倡导刑事和解适用的机会均等，只要当事人自愿采用刑事和解并且办案机关认为适合的情况下，任何人都可以适用刑事和解。

〔1〕吴宏耀等：“‘花钱买刑’：刑事和解的正当性追问”，载《社会科学报》2009年7月14日，第006版。

（三）中国古代的保辜制度

保辜制度是自隋唐时期开始设立的一种处理伤害案件的制度，具体来说是指殴人致伤后，规定一定期限，视期限届满时的伤情，再行定罪量刑。然而，据有学者考证，从汉代起即有关于保辜的一些规定和实践，唐人徐彦还就《公羊传·襄公七年》的记载及何休的注释作疏解：“其弑君论之者，其身枭首，其家执之；其伤君论之者，其身斩首而已，罪不累家，汉律有其事。”并说：“保辜者，亦依汉律。律文多依古事，故知然也。”[1] 而对于是否有相关实践，也有事例可以佐证，如：“元光五年，单德嗣昌武靖信侯位，元朔三年，坐伤人二旬内死，弃市。”[2] 单德即加害人，致受害人受伤后死于二旬之内，“二旬”即保辜期限；而“内”即保辜期限以内。由于受害人死于保辜期限以内，单德被处以弃市的刑罚。[3] 尽管有这些事例和史实的存在，但因其零散和不具体，学者普遍认为一直到隋唐时期，保辜制度才得以明确确立。《唐律·斗讼》中规定：

诸保辜者，手足殴伤人，限十日；以他物殴伤人者，二十日；以刃及汤火伤人者，三十日；折、跌肢体及破骨者，五十日（殴伤不相须。余条殴伤及杀伤，各准）。限内死者，各依杀人论；其在限外及虽在限内，以他故死者，各依本殴伤法（他故，谓别增余患而死者）。

---

〔1〕《春秋公羊传注疏》卷十九。

〔2〕《汉书》卷十六“高惠高后文功臣表”。

〔3〕参见张艳云、宋冰：“论唐代保辜制度的实际运用——从《唐宝应元年（762）六月康失芬行车伤人案卷》谈起”，载《陕西师范大学学报（哲学社会科学版）》2003 年第 6 期。

被害人在辜限内死亡的，构成杀人罪；在辜限外，或虽在辜限内，但系因其他疾病死亡的，只构成伤害罪。如殴打他人的头部成伤，如果“风从头疮而入，因风致死”，仍依杀人罪论处；如“不因头疮得风，别因他病而死”便属于“他故”，只构成伤害罪。并且规定辜限的长短与伤害等级成正比，伤势愈重，辜限愈长。同时，对保辜的范围作出规定，明确指出适用于殴打或伤害他人，但尚未致死的案件。而且还对保辜适用的前提必须有殴打行为作了进一步规定，即所谓“殴、伤不相须”，殴打与伤害不必同时具备。按《疏议》“伤人皆须因殴，但殴人不必有伤”，也就是说只要有殴打行为，虽未直接成伤，但因被殴打而跌倒，或因惊恐而致伤，也适用保辜。即《疏议》所说：“今言不相须者，为下有僵仆，或恐迫而伤，此则不因殴而有伤损。”所以“谓殴及伤，各保辜十日”。[1]

宋代法律对保辜时限也作出规定：“限内死者，各依杀人论。其在限外，及虽在限内，以他故死者，各依本殴伤法。”[2]

到了明、清时期，关于保辜制度的规定更加详细。如明律规定：“凡保辜者，责令犯人医治。辜限内，皆须因伤死者，以斗殴杀人论。其在辜限外，及虽在辜限内，伤已平复，官司文案明白，别因他故死者，各从本殴伤法。若折伤以上，辜内医治平复者，各减二等……”《问刑条例》规定：手足、他物、金刃及汤火伤，限外十日以内；折跌肢体及破骨、堕胎，限外二十日以内；如受害人确系因原伤身亡，对被告也要处以杀人罪。

---

〔1〕 参见张艳云、宋冰：“论唐代保辜制度的实际运用——从《唐宝应元年(762)六月康失芬行车伤人案卷》谈起”，载《陕西师范大学学报（哲学社会科学版）》2003年第6期。

〔2〕（宋）窦仪：《宋刑统》，中华书局1984年版，第329页。

明律对唐律作出了更加细致的规定，一是责令加害人为病人治伤，更加明确地体现了保辜的法律意义；二是对保辜的优待规定了具体从宽的幅度，折跌肢体以上的重伤，若能在辜限内医治伤愈，可减罪二等；三是对辜限作了一些延伸。清朝《大清律辑注》规定："保，养也；辜，罪也。保辜谓殴作人未至死，当官立限以保之。保人之伤，正所以保己之罪也。"[1]

如上所述，由于保辜制度在客观上对受害人有着救助的作用，以及给加害人提供减轻自身罪过等方面有着不可替代的作用，在中国历史上发挥过很大作用。而随着清末变法修律，保辜制度也被具有现代特征的刑法制度所否弃。对于这一现象的原因，有学者认为，首先古代社会由于没有近现代高度发达的医疗科技，对于杀伤案件只能借助于在现在看来非常落后的手段来进行验伤从而设定辜限的长短，且仅仅以辜限来确定因果关系之有无；它只考虑那些一般的和必然的现象，而未考虑某些特殊和偶然的情况；虽然认识到了因果关系的复杂性及利用因果关系来限制刑事责任的范围，但同时，在处理时似乎将其过于简单化而在某些情况下却又扩大了刑事责任的范围。由于它所固有的上述矛盾与不足，至清末，随着西方近代刑法思想和刑法制度影响的不断加深、医疗科技水平的不断提高以及刑法因果关系理论的不断完善，保辜制度在因果关系的认识水平上已远远落伍于时代。这当是清末修律废除这一制度的原因之一。其次，经过对保辜制度和现代刑法理论的对比分析，保辜制度所隐含的客观责任理论与近现代刑法中的以行为的社会危

[1]（清）沈之奇：《大清律辑注·卷二十·保辜期限》，怀效锋、李俊点校，法律出版社2000年版。

害性为基础，以行为人的主观罪过为唯一根据的理论格格不入。[1]

除此之外，笔者认为另一个促使保辜制度消亡的重要原因在于，中国在近现代以来，国家观念的加强伴随着国家权力的进一步扩大，并逐渐向刑事法律制度渗透。犯罪被统治阶层视为个人侵犯国家利益的行为，刑事犯罪与民事纠纷的分野逐渐得以清晰，其区别不再是严重程度上的区别，而是本质上的不同。权力的行使和刑罚的应用也日益走向整齐划一，并在刑罚体系中注入了一定的犯罪预防思想，不再以后果和报应作为唯一的尺度，而是适当地关注主观恶性及犯罪预防因素。

今天的刑事和解制度，单在注重加害人对被害人的赔偿，并根据加害人的赔偿情况和认罪态度，以及被害人态度再决定采取处理措施这一点上，与中国古代的保辜制度很相似。尽管今天的社会历史背景，甚至文化等方面与保辜制度赖以存在的环境有了本质上的差别，二者在理论基础、现实动因等方面也有很大不同，但我们仍然可以看出二者之间存在的某种文化上的延续性。

（四）中国历代关于刑事案件的调解、和解传统

中国的传统调解一般指民事纠纷的调解。“在中国历史上，

---

〔1〕近现代刑法理论主张，只有在行为人具有主观罪过并造成了相应的危害结果的情况下，行为人才对自己的行为承担刑事责任。之所以说主观罪过是行为人承担刑事责任的唯一根据，是因为犯罪是行为人主观罪过内容的展开，是行为人主观见之于客观的过程。因此，从刑事实体法的视角及行为本身的发展过程来看，行为的性质是由主观罪过的内容来决定的，即唯有查清了行为人主观罪过的内容方能最终确定行为的性质。在此意义上说，保辜制度与近现代主客观相统一的刑事责任理论格格不入。参见陈荣飞：“论我国古代保辜制度消亡”，载《学术论坛》2007 年第 6 期。

始终存在着与正式的国家的司法、诉讼程序并行不悖、相辅相成的非正式的民间调解及其他纠纷解决方式。国家审判权的高度集中与地方纠纷解决机制的高度自治同时并存、相得益彰，构成了一个多元化的纠纷解决机制。”也就是说民事纠纷的调解广泛而普遍，但关于刑事案件的调解是否存在一直是个被人忽略的问题。实际上，刑事领域与民事领域尽管有本质上的不同，但刑事调解也是不可忽视的客观存在。

调解作为定纷止争的重要手段，在中国源远流长，广泛存在于民间和官方领域中。这种以调处来定纷止争的方法被称为“和息”、“和对”。[1] 需要强调的是，调解制度大部分针对民事纠纷，在官方领域中的调解也大都是针对户婚田土之类的“细事”。对刑事纠纷和案件的处理则遵循的是另一种原理和逻辑，即国家的统治逻辑，即历代的“严刑峻法”。但无论刑罚多么严峻，在各个朝代的刑事案件处理过程中，总会存在一定的调解与和解的空间。而且，由于民事与刑事案件的区分较为模糊，有些在我们今天的语境中视为刑事案件的当时却视同民事案件。然而事实上，统治者对民事案件与刑事案件的态度还是不同的，如官府对“民间细故”的认知与轻视，对严重刑事案件的重视等。徐忠明在对明清时期的司法实践进行考察的基础上，得出结论认为根据案件的严重程度不同，官府办理的案件分野为民事案件—笞杖案件—命盗案件等三个等级，而三者之间常有重叠。[2] 民事案件当时主要包括户婚田土之类的民间细事，笞杖

---

〔1〕 参见范愉：《非诉讼纠纷解决机制研究》，中国人民大学出版社2000年版，第2章。

〔2〕 参见徐忠明：《案例、故事与明清时期的司法文化》，法律出版社2006年版，第320页以下。

案件就是指一般应处以笞杖刑的犯罪案件，命盗案件就是比较严重的刑事犯罪，涉及人命、盗窃等应处以徒刑以上的案件。其中，依学者对诉讼档案以及当时司法实践的考证，一般情况下对于民事案件，官府可以依情理判决或者以调解方式结案，而对严重的刑事案件一般则“依法判决”，而对于笞杖案件，由于其与民事案件和严重的命盗案件有一定的重合，并且边界模糊不清，判决也都比较灵活。[1] 今天看来，当时的笞杖案件类似于今天的轻罪案件，是介乎于民事案件（民间细故）和严重刑事犯罪（命盗）之间的犯罪案件，边界较模糊，因此也是官员享有裁量权比较广泛的地带。换言之，对于介乎于民事案件和严重刑事案件之间的笞杖案件有着相当大的调解空间。以今天的眼光看，这一部分的调解无疑可以称之为“刑事调解”。

（1）伤害案件。伤害案件的和解或调解，与保辜制度有着密切联系。如现藏于新疆维吾尔自治区博物馆的“唐宝应元年（762）六月康失芬行车伤人案卷”记载了一个案例：

> 唐宝应元年，康失芬在街道上驱牛车快行，意外碾伤8岁男孩金儿和女孩想子，造成金儿“腰以下骨并碎破”、想子“腰骨损伤”。康失芬对自己造成他人损伤事实供认不讳，提出“情愿保辜，将医药看待，如不差身死，情（请）求准法科断”的请求，官府予以准许。[2]

---

〔1〕 徐忠明认为当时的官员对严重的刑事案件更倾向于严格依法判决，其原因在于受到当时严重刑事案件“审转”制度的压力和案件本身的政治意义和社会影响的考虑。参见徐忠明：《案例、故事与明清时期的司法文化》，法律出版社2006年版，第310页以下。

〔2〕 国家文物局古文献研究室等编：《吐鲁番出土文书》（第9册），文物出版社1990年版，第128～134页。

另外，由于民事案件和笞杖案件的边界很模糊，有时轻伤害案件会被作为民间细故处理。而对民间细故官方要么根据情理作出判决，要么调解处理。所以对于轻伤害案件的调解，官方并不排斥。

（2）诽谤、诬告、不睦、不孝等案件。诽谤、诬告案件在历代法律中都被视为刑事案件，[1] 但实践中往往有调解处理的情形。如明代的判词专集在《折狱新语》中记载：

明朝末期，生员李宁世、王永鳞同租一室而居，情谊甚笃。过了一段时间，李宁世到山东求学，而这期间两家妻子李氏与王氏发生了口角争执。远在山东的李宁世接到他妻子代父执笔的家书后，未查明真相，就在山东对王永鳞提出了"灭门"的指控；而王永鳞不甘示弱，也对李宁世提出了控诉，他的妻子也没有劝阻。事实上，两造双方所控均非事实，纯属子虚乌有。在当堂对质的前夕，李、王二人接受了生员方可选、阮恒亨的调停，双方都愿意和解，并撤回控诉。县令李清认为，双方虽然案情轻微，但都已涉及"刑事"范围，予以"罚觳"（相当于罚金）的处分，以示儆惩。[2]

"不睦"案件属于唐代"十恶"重罪之一，但仍然可见调解、和解处理的情形。如《隋书》中记载：

---

〔1〕 历代对诬告都有相应的处罚规定，到了明代，对诬告的惩处更为加重。如明朝法律中规定，凡诬告人笞罪者，加所巫罪二等；流徒、杖罪、加所巫罪三等，各罪止杖一百、流三千里。参见张培田：《法的历程——中国司法审判制度的演进》，人民出版社2007年版。

〔2〕（明）李清：《折狱新语》。

某县县民张元与其同父兄弟张思兰不睦，经常发生冲突。县丞、县尉都要求对他们依法严惩。县令郎茂却认为，张元与兄弟本来已经互相憎恶嫉恨，再给他们定罪只会更加激化矛盾，使仇恨愈深。于是他不断派遣县中德高望重的老人去调解、教化、戒谕他们。最后，终于使张元与兄弟等人感悟、懊悔，诣县顿首请罪，郎茂又进一步晓之以义，使他们遂相亲睦，称为友悌，从而避免了以刑罚处理家族内的纠纷。[1]

“不孝”也是历代统治者规定的“十恶”重罪之一，但是此类案件与不睦案件一样，由于涉及亲属家庭内部，官府也会采用调和劝谕的方式。

（3）近亲间的杀人案件。历代法律制度中，杀人罪都是不允许私和的，但因特殊的社会关系，对于近亲间的杀人和重伤案件，允许私和或者以交付赔偿金替代惩罚。例如，在《元典章》中即规定：“知奴杀夫，不告罪犯，旧例，祖父母、父母及夫为人所杀，私和者徒四年；虽不私和，知杀期以上亲经三十日不告者，减二等，徒二年。二罪俱有，从重者论。”其中亦可见有关私和的判例。

（4）过失杀人案件。在过失杀人案件中，历代法律制度中，也有相应的允许私和的情况，在元代尤为突出。例如：

至元十年十一月，兵刑部符文，太原路来申：陈猪狗于至元一七年十一月初一日，与小舅赵羊头作戏，相夺乾麻，因用右拳将赵羊头后心头打了一拳，死了，救不得活，用背麻绳子，

〔1〕（唐）魏征等：《隋书·卷六十六·列传第三十一·郎茂传》。

拴了赵羊头项上，推称自缢身死，背来到家。问出前因，郭和等休和。陈猪狗休妻赵定奴，又赵旺交讫。陈猪狗父陈贵准折钞二十七两，至十六日休罢。二十四日，赵羊头尸首埋殡了当，不曾初复检。至闰十一月内，为争私和物折钞，店舍，事发到官。捕到一干人，招登完备，申乞照验。得之，都省照得，先据大名府中：徐斌殴死张驴儿，伊母告栏，不曾验尸，受讫私和、钱物，呈奉都堂钧旨，既张驴儿母阿许自愿告免，不须理会钱物，亦无定夺。今来本部公议得，陈猪狗所招，与小舅赵羊头于河下撇麻，羊头与猪狗斗争作戏，赶上，与羊头相争，用右拳于后心打了一攀，本人合面倒地身死，止是因戏致伤人命，私下要讫陈猪狗店舍地基牛驴准折钱物，更令陈猪狗与，因迁儿写立文声，休罢，不曾验尸，埋殡了当，在后因争私和店舍，事发追问。若将陈猪狗依已定断，却缘有徐斌殴死张驴儿体例，其陈猪狗所犯与徐斌无异，以此参照，拟合依例拟准私和，是为相应。呈奉都堂钧旨，送本部准拟施行。[1]

另外，在元代的法律制度中，甚至有些“故杀”、“谋杀”等案件也有叫作“打合”或“私和”等赔偿人命的情况。

总之，中国历史上的调解传统并不仅仅限于民事案件，刑事调解的传统也很深厚。近年来的刑事和解实践尽管已经不能与此同日而语，但决不能否认二者之间的某种文化上的关联或延续性。

五、西方的辩诉交易制度与刑事和解

今天的刑事和解制度，总会使人们联想到西方的辩诉交易

---

〔1〕《元典章·卷四十二·戏杀准和》。

制度，就交易性和协商性等特点方面，二者确实有些家族相似性。然而无论从产生的环境还是理念来看，两者都有着很大的区别。当然，很多学者对此予以了区分，认为辩诉交易是公诉方和被告方的交易，而制度化的刑事和解首先是在加害方和被害方协商和解的基础上由司法机关进行考量并决定如何处理的制度。这无疑是正确的。但它们之间的差别不仅仅在于这些。

辩诉交易制度被认为是具有美国特色的司法制度，在美国，90%以上的刑事案件以“认罪供述”或等于认罪的方法解决，查比罗（Trapero）对此这样描述：

> 这常常是一种特殊的或心照不宣的诉辩交易协议的结果……美国刑事法院的根本任务不是“三方结合”方式的诉讼解决……它们的大量时间忙于处置表示认罪的刑事被告。所以很明显，它们并非运用强制制裁方法的裁决者，而是设法恢复众多“请求者”原有权利的管理者。[1]

英国也有着相似的辩诉交易制度。相关调查显示，地方治安法院中，有76%～93%的被告表示认罪，高等法院中则有57%～75%的被告表示认罪。而这些与法院的案件数量日益增多的压力有关，尤其在初审法院体现得更为明显。[2] 于是，辩诉交易的交易本质、司法官角色的异化、程序欠缺严谨等特点，导致其从诞生之日便遭遇了种种质疑和批评。批评者们认为，

---

〔1〕［英］罗杰·科特威尔：《法律社会学导论》，潘大松等译，华夏出版社1989年版，第242页。

〔2〕［英］罗杰·科特威尔：《法律社会学导论》，潘大松等译，华夏出版社1989年版，第244页。

对法律和秩序的追求使法院与警察成为公开的同盟，也促使法官和律师公开采用有罪答辩的程序，而这与法官本应该扮演的中立裁判者角色和双方律师本应扮演的个人与国家利益之维护者的角色已大相径庭。[1]

根据西方学者的研究，辩诉交易兴起的背景是陪审制度的衰落。实际上，无论是辩诉交易还是陪审制度，甚至是刑事和解等，都属于案件处理方式，而案件处理方式与整个社会环境是有着密切关系的。整体社会环境的变迁牵引着法律制度的变迁，而法律制度的变迁包括法律理念的变迁，这些变化都会影响到案件的具体处理方式。当时，陪审制度逐渐被辩诉交易替代是基于刑事诉讼性质与理念的变化：

从通过公权力以事实和法律来解决个人之间的争议变成了国家和个人之间的私人决定，并且警察也更多地涉足于被告人和检察官的交易中。与此同时，刑事法院的目的也发生了结构性的改变——从个体的正义到集体的正义；它处理案件的方式和方法也发生了改变——从陪审制到有罪答辩。[2]

而非常巧合的是，在20世纪70年代恢复性司法与刑事和解的兴起则与另一个转变有关，即犯罪不再被视为个人对国家的对抗，而是个体之间的刑事纠纷。这也充分证明了辩诉交易与刑事和解的产生背景完全不同。关于二者的区别，有学者进行

---

〔1〕［美］麦高伟、切斯特·米尔斯基：《陪审制度与辩诉交易——一部真实的历史》，陈碧、王戈等译，中国检察出版社2006年版，前言第1页。

〔2〕［美］麦高伟、切斯特·米尔斯基：《陪审制度与辩诉交易——一部真实的历史》，陈碧、王戈等译，中国检察出版社2006年版。

过详细的分析。①主体方面：辩诉交易是在代表着国家或社会利益的检察官与刑事被告人（犯罪者）之间进行的，通过这种方式，检察官在处理疑难案件中采用了“得到半块面包”的方法，这是正式审判难以做到的。②在利益要求方面：在刑事和解的过程中，被害人因和解结果与其个人利益紧密相关，而在和解过程中竭尽所能地争取利益的最大化，人们不用担心这种制度被谁不当地利用。而辩诉交易则不同，检察官个人与辩诉交易的结果之间没有任何的关系，他只是国家或社会利益的代言人而已，要实现辩诉交易对国家或社会利益的维护，就要求检察官能像刑事和解中被害人一样，尽力地维护其自身的利益，那么，这时就不是对某一具体的刑事司法制度的要求，而是对检察官个人品质方面的要求了。〔1〕

所以，辩诉交易与刑事和解制度形式上相似，却在实质上有着很大的区别。二者的区别不仅仅停留在制度行使的主体不同，更在于其背后意味着对犯罪的认识和刑事司法理念的很大不同。辩诉交易从法官以起诉的最高刑定罪量刑发展为被告人对法定的轻罪和犯罪未遂进行答辩，“19 世纪中期以后，支持控诉的事实与蕴含在轻罪答辩中的事实的分离加大了。与早期阶段两种事实的同步性所反映出刑事的个案特征相反，轻罪答辩在 1856～1865 年间缺乏坚实的事实基础也显示出司法体制向总体公正转型的迹象”〔2〕。可以说，辩诉交易制度中渗透着总体社会公正的理念，即使个案中表现出来的实用主义倾向也是总

---

〔1〕 李建玲：《被害人视野中的刑事和解》，山东大学出版社 2007 年版，第 116 页。

〔2〕 ［美］麦高伟、切斯特·米尔斯基：《陪审制度与辩诉交易——一部真实的历史》，陈碧、王戈等译，中国检察出版社 2006 年版，第 364 页。

体社会公正理念的某种体现。而刑事和解恰恰与此不同，它注重的是加害人与受害人的和解、纠纷的终极解决、受害人的需求及赔偿的实现等，表现出极强的个案正义倾向。

六、西方恢复性司法、刑事和解与中国的刑事和解实践

关于刑事和解的理论开始兴起后，在一些学者的研究中，把中国的刑事和解视为是西方恢复性司法与刑事和解在中国的移植。这可以从大量的文献中看到。首先，恢复性司法等理论与中国刑事和解的实践确实在某些理念上相一致。例如，对受害人权利的重视，根据个案实际情况的衡平、对国家权力及司法能力和作用的反思与修正，将私力救济和纠纷解决原理引入刑事领域，当事人对司法活动的参与等，这种恢复性司法理念体现的现实主义精神及其对传统法理的革新，也同样适用于中国刑事和解的实践及制度建构。而且，我国的刑事和解与西方国家恢复性司法及刑事和解在功能上亦可谓异曲同工，尤其是纠纷解决功能、补偿功能（对被害人的补偿）和恢复功能（恢复正义、恢复社会关系）等，同时也与当前中国主流意识形态“构建和谐社会”高度契合，被视为“有利于恢复社会的和谐关系，有利于构建和谐社会”的现代司法政策和制度，得到了普遍认同。在这种背景下，刑事和解就具有较大的发展空间，国家、司法机关和当事人均对其寄予很高的期待。国家一方面赋予司法机关一定自由裁量权；另一方面又允许当事人享有一定选择权，使社会公正和受害人的实际权益得到兼顾，同时实现了法律制度价值、效益和个体利益的最大化，并使得中国传统文化和现行体制中的某些灵活性因素得以被激活。毫无疑问，恢复性司法理念中的许多重要价值和目标，也将为今后中国刑事和解及多元化纠纷解决机制的构建提供启示、参考和理论指

导，有利于相关制度的完善和创新，为我国法治的发展带来积极影响。

在我国当代法制建设和法学研究中，运用西方话语或理论为现实的制度与实践提供理论基础，是一种常见的做法、甚至已成为惯例。不管刑事和解是否真的与西方国家的恢复性司法有所关联，一个客观事实是，实践者和研究者们都有意识地大量运用西方话语为刑事和解做正当性论证，并普遍将西方恢复性司法和刑事和解的理论基础作为中国刑事和解制度的理论基础；在实践中也确实受到了这些理念和做法的影响。如有的地方在和解程序中吸收社区因素、给双方当事人创造温馨和谐的环境进行沟通和对话；而且，恢复性司法理念也对我国法学界的一些传统或陈腐教条起到了革命性的颠覆作用，并带来了对受害人权益的重视、对司法程序灵活性的认同、对司法裁量和个案衡平价值的理解、对公权力的能力和效果、局限性的认识，等等新鲜观念。在这个意义上可以说，恢复性司法等理念确实对中国的刑事和解实践和制度化起到了一定的积极作用，其理念和司法模式在中国的现今时代背景下，与“构建和谐社会”的话语和“宽严相济”的司法政策相互结合，有可能成为中国刑事和解的制度化建构的基本理论。

其次，同时也需要看到，事实上，恢复性司法以及其他源于西方的理论及实践，与中国的刑事和解存在明显的差异，前者并非后者的理论基础或依据。恢复性司法，是对犯罪行为作出的系统性反应，它着重于治疗罪行给被害人和社会带来的或者引发的伤害，以恢复原有社会秩序为目的的犯罪矫治实践或计划，主要通过以下几个方面得以体现：①确认并采取措施弥补违法犯罪行为带来的损害；②吸纳所有的利害关系人参与其中；③改变应对犯罪行为时社会与政府之间的传统关系（丹尼

尔·W. 凡奈恩语)。恢复性司法的具体表现形式包括：被害人与犯罪人之间的和解；由被害人、犯罪人及其他人参加的协商；由被害人、犯罪人及多方参与的圆形会谈，等等。自20世纪70年代始，西方国家在刑事司法领域相继启动“恢复性司法”政策，逐渐将关注的重心转移到“被害人及社会因犯罪行为所带来的损害”上，很多国家都积极采取了各种尝试和制度创新。1985年联合国批准的《为罪行和滥用权力行为受害者取得公理的基本原则宣言》中要求尽可能用非正规的解决方式，如调解、仲裁、常理、公道或地方惯例协助调解和向受害者提供补救；2002年4月，联合国预防犯罪和刑事司法委员会第11届会议在维也纳通过《关于在刑事事项中采用恢复性司法方案的基本原则》的决议草案。

针对这种新的实践和观念的产生，戴维·奈尔肯（David Nelken）指出：

20世纪90年代见证了横跨欧洲的一场改革，在正式的法庭程序内外，关于调解和补偿的实验被广泛开展，并取得了进展。最近，英国新的工党政府已经致力于通过被害人—犯罪人调解机制来扩大补偿，根据1998年《犯罪与治安违法法》的提议，尤其将这些调解机制适用于青少年犯罪人。与此同时，法国政府承诺，将调解与补偿的作用扩展到刑事和民事司法中，特别是在轻罪、未成年人犯罪以及家庭纠纷方面予以适用。综上所述，这些发展体现了一位评论家所称的“一场寻求理论的实践”，而不是一系列已经制定好的、一贯的政策。[1]

---

〔1〕［意］戴维·奈尔肯编：《比较刑事司法论》，张明楷等译，清华大学出版社2004年版，第290页。

实际上，这里所说的“被害人—犯罪人调解机制”是被大多数中国学者用来介绍西方刑事和解运动的“刑事和解”制度。这也是被很多学者视为中国的刑事和解实践就是从西方的上述刑事和解运动直接移植进来的原因。本书的一贯观点都认为，中国的刑事和解实践与西方的刑事和解运动不是没有一点关系，但并不是有些人想象的那样直接和深刻。对此，戴维·奈尔肯的观点可加以佐证：

> 被害人—犯罪人调解和补偿机制实现了跨越不同社会背景的表面上成功的移植，所以对于文化相互关联性和犯罪控制研究来说，这一机制是一个内容特别丰富的领域。但是，这种机制的扩散突出了大量问题，这些问题都涉及移植、渗透以及制度化不同的法律文化的性质和效果。各种法律文化对于调解机制都有不同程度的接纳，差异的存在是十分恰当的，但是这种普遍接纳使得某些评论家在解释不同国家的进展时，对这种差异漠然置之。在部分人看来，这似乎暗示了一种刑事司法实践的“统一”，或者说一种共通的刑事司法政策的出现。[1]

当然，也需要参考戴维·奈尔肯的警告，这种差异导致的或者说根源的文化差异性可以告诉我们不同文化群体的犯罪率和犯罪控制的形式，但也必须警惕陷入文化相对论从而过分夸

---

〔1〕［意］戴维·奈尔肯编：《比较刑事司法论》，张明楷等译，清华大学出版社2004年版，第291页。

大这种差异。[1]

尽管我国理论界普遍认为中国的刑事和解是在恢复性司法的大背景之下产生的，在理念上与恢复性司法的理念、旨向相近，许多尝试和实践也存在重合和相通之处，或者可以说是其表现形式之一。但二者至少存在着以下差异：

（1）范围不同。恢复性司法更多的属于一种抽象理念，不仅适用于刑事司法，其他法律领域中也同样适用；而我国刑事和解更加注重的是具体层面上的制度性实践，基本上限于刑事司法和刑法学领域。不过新近的研究将其归入多元化纠纷解决机制的组成部分，表明理论和实践已开始超越此前的局限，形成综合的理念和政策。

（2）社会背景和政策依据不同。西方国家恢复性司法作为其司法改革的组成部分，是基于其特定的社会背景和司法理念，对既有的法律制度的革新。我国刑事和解则是基于社会转型期社会纠纷及其解决机制的特殊性、社会治理和稳定的需求、社会环境和司法制度现状等产生的特定需求，在既有制度的基础上展开的。其中构建和谐社会、科学发展观、宽严相济的刑事政策都对刑事和解提供了政策依据和导向，同时西方国家的轻刑、刑罚谦抑主义等理念也对其产生了明显的影响，因此可以说，刑事和解是综合中西方政治意识形态与刑事政策的产物。

（3）制度设计不同。恢复性司法提出的许多理念和具体措施，是基于西方的体制和制度而言的，与中国的概念和制度不同。例如大量轻刑的刑事和解，在我国属于治安案件或自诉案件，历来就存在和解的空间；而社区参与及非正式方式的运用，

---

〔1〕［意］戴维·奈尔肯编：《比较刑事司法论》，张明楷等译，清华大学出版社2004年版，第291、292页。

则接近于我国司法和综合治理的悠久传统，恢复性司法理念只不过纠正了以往对这些方式的贬低与否定，起到为其正名的作用而已。因此，中国刑事和解的制度设计必须基于现实需求和既有制度，不能与西方国家简单接轨。

（4）关注点不同。中国的刑事和解实践，侧重于加害人对被害人的物质赔偿，属于实质正义或结果导向的制度实践，其客观动因是现实体制下被害人救济的困难和执行难等问题，本质上是一种源于中国社会客观需求、体制和社会条件的特殊对策。西方国家的恢复性司法尽管也存在同样的原因和现实压力，但每个国家的侧重点和政策重心均各有不同。

（5）社会理念和文化不同。司法机关是中国刑事和解实践的主要积极推动者，由于其直接从事纠纷解决、社会治理和刑事责任追究的实务，他们对如何更好地处理现实中的问题、减轻司法机关的压力、取得较好的社会效果不仅更为关注，也具有丰富的经验；而社会中私了和非正式纠纷解决传统资源使得刑事和解的实践亦容易得到当事人的谅解和接受，这些结果尽管与恢复性司法不谋而合，但理念和价值追求却存在微妙的差异。此外，我国的重刑传统对于接受刑事和解也有一定的不利影响。值得注意的是，恢复性司法原本是对西方经典法治理论、传统司法理念以及中国的法律意识形态的某种反思或背离，但是由于被一些理论家们转化为普适性话语，反而模糊了其所具有的批判和反思意义。

总之，我国刑事和解的理论基础具有一定的综合性和特殊性，将其简单归结为恢复正义理论、叙说理论及平衡理论，与直接将构建和谐社会的意识形态作为理论基础一样，在一定程度上反映出法学界理论和思想的贫乏，尚无力构建一种能够为中国刑事和解实践和制度提供指导和正当性依据的系统理论。

这也说明了我国理论界对刑事和解问题的研究任重而道远。

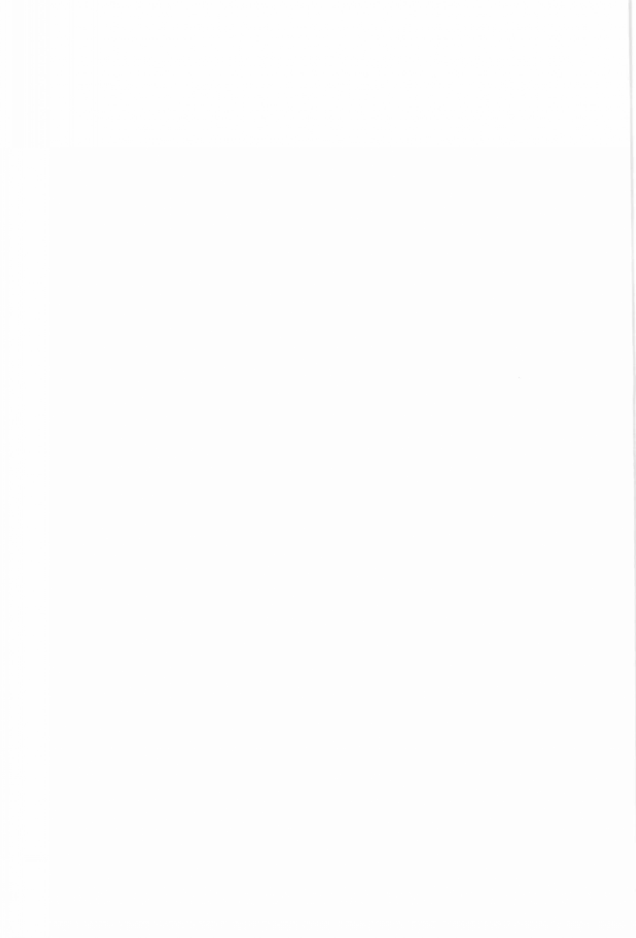
七、小结

刑事和解制度是一个非常独特的制度，在对中国传统的以钱赎刑制度、少数民族的赔命价等习俗、辩诉交易制度，以及西方恢复性司法及刑事和解制度进行梳理和分析之后，发现中国现阶段的刑事和解实践与上述各种制度都有着本质上的区别，尽管从外观上看去在某些方面有相似之处。刑事和解在不同的历史阶段都有着不同的形态，在不同文化中的表现也不尽相同。

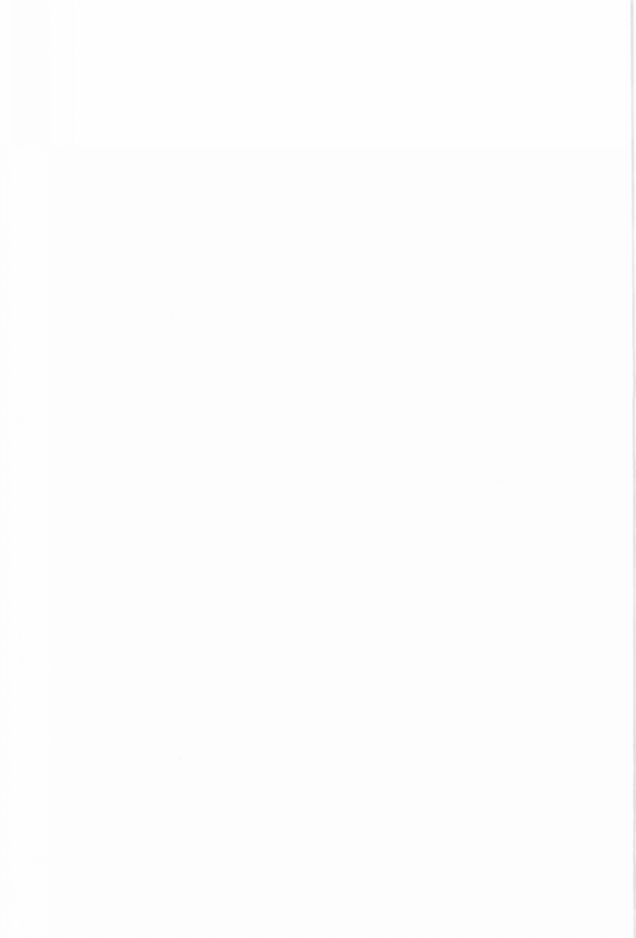
通过对刑罚的历史发展进行梳理，可清晰地看到刑事司法从古代的野蛮、残酷到逐渐文明的发展脉络。刑事和解制度的产生亦见证并亲历了刑事司法制度从野蛮到文明、从强烈到温和，从而也是从无效用或者低效用到有效用的过程。而西方的恢复性司法和辩诉交易制度展现了不同文化中的另一制度形态，其与中国的刑事和解实践既有相似之处又有很大的不同，有些甚至具有本质上的差异。

但笔者认为，历史文化的探索更具有描述性而缺乏解释性，对制度的解释需要更多的视角和分析。制度的产生在文化方面有着一定的延续性，但一般情况下，对历史文化的追根溯源只能表现出古老的历史文化的积淀。如通过对人类的刑罚历史的追踪和刑事调解、和解等相关传统的追溯，就可发现刑事和解有着很厚的历史文化积淀，其不仅在民间社会中存在，在国家的司法领域中也一直可见。只是到了近现代，伴随着社会经济发展，社会环境和司法环境发生了很大的变化，现代司法观念、尤其是具有现代性特征的刑事法律和刑事理念的兴起，使得很多古老制度受到挫折甚至消亡，例如中国古代的保辜制度。而现代社会和现代法治也并不是预先制定好的固定模式，其仍然

是一个探索的过程，在迂回曲折、不断试错的过程中，一部分古老的传统和观念也有了复兴之势。如部分学者即认为刑事和解制度是古老的调解、和解制度的复兴。在这个意义上，刑事和解在今天的制度化是一种否定之否定的过程和结果。




下篇



第四章

刑事和解制度化实践中的行动者逻辑

对某些学者来说，要理解西方当代社会表面上稳定和坚固的政治、社会和经济制度的适当途径，应把它视为以个体活动者的无数主观经验为基础的、习惯的、普遍接受的思想和行为的结构。[1]

——［英］罗杰·科特威尔（Cotterrell）

在第一章中，对刑事和解的制度化实践状况和制度基础作出了全景式的描述，第二章中对一个边境牧区的刑事和解实践作出了人类学式的描述和分析，第三章是对刑事和解的历史文化根源的追溯。如果说，上篇是对刑事和解制度化实践的描述，那么下篇的内容将更多的是对刑事和解制度化实践的一种解释。如前所述，刑事和解已呈现出制度化趋势，而这一制度可以在原有的司法实践中找到相应的制度基础，以及历史文化方面的渊源。刑事和解的制度基础是制度得以运行的直接前提，并且往往意味着它是制度形成的最表层的因素。那么，本研究接下

---

〔1〕［英］罗杰·科特威尔：《法律社会学导论》，潘大松等译，华夏出版社1989年版，第171页。

来的任务便是，揭示刑事和解的制度化实践背后的深层逻辑。基于导论中交代的理论前提，本书尝试建立一种解释模型，即循着行动者逻辑、国家惩罚逻辑、话语逻辑等三种视角和进路，对刑事和解的制度化进行进一步的描述，并作出解释。本章是对刑事和解制度实践中的行动者逻辑的论述。

实际上，每一项制度的产生和发展过程，都应该是一个多方面因素互动、推进的结果，刑事和解实践在中国的兴起和发展，有着自身特有的轨迹和特征，绝不是某一因素单方作用的结果。而法律是社会的产物，作为国家意志的法律规则和制度，必须反映社会实际需求和社会主体的主流价值观。刑事和解的制度化作为法制建设中的一项制度性事实，表明了我国社会和法律制度的发展与变迁。根据法律与社会的互动原理，法律制度在适应来自社会的方方面面的需求中不断发展，社会反过来也会影响法律的发展。这个社会需求来源于各个不同主体的利益和需求，并在其各自行动的推动下影响制度的进程。那么，社会和制度变迁中的行动者们是如何影响刑事和解的制度化进程的，显然是一个实然命题，也是一个典型的法社会学命题。

刑事和解作为脱胎于民间私力救济的制度形式，一方面是在社会中产生并在国家司法领域中被塑造和影响的；[1] 另一方面，这些制度的真实运作和影响因素，个案的发生和解决也都是在纷繁复杂的社会中进行的。简言之，真正的制度创造者实际上是社会上的各个利益主体和行动者，历史就是在各个主体的行动中推进的。在各个主体行动的利益考量、相互博弈等过程中显示出制度运作的最为真实的生存逻辑，比如司法机关和

〔1〕 萨其荣桂："刑事和解的惩罚逻辑——惩罚、私力救济及刑事和解"，载《内蒙古社会科学》2010年第1期。

司法官员会为了做到真正的案结事了，加害人为了表达自己的忏悔而获得轻判，被害人为了获得自己利益的最大化，甚至学者在学术利益与社会责任感的夹缝中采取的各种行动和呼吁，民众为了获得安全感或者道德感的宣泄，等等，都是一些在正式的话语实践或者表达中很少出现的东西，但恰恰是这些，正是制度赖以存在的真实基础，此为行动者逻辑，并且其作为对社会需求最直接的表现而牵动着制度的产生和发展。

另外，作为制度变迁中的行动者，推动制度化进程的各个主体，显然包括司法机关及司法人员、当事人、普通民众，甚至研究学者等。

一、司法部门及实务工作者的制度探索

（一）宏观视角：相关背景与实践

我国刑事和解的制度化是近年来在司法实践中发起的。参与的司法部门涉及法院、检察院和公安机关，而在检察院尤为显著。它们虽然是代表国家行使司法权力的机构或组织，但在实践中具有不同于国家的自身的利益和目标，因而在另一种意义上作为制度化变迁中的行动者发挥作用。公检法三个部门的刑事和解实践各自都有着相应的立法背景：①2007 年 3 月，最高人民法院出台了《关于进一步发挥诉讼调解在构建社会主义和谐社会中积极作用的若干意见》，对诉讼调解的原则、范围以及诉讼调解能力建设进行了明确。它要求各级人民法院要牢固树立和认真贯彻“能调则调，当判则判，调判结合，案结事了”的审判工作指导方针，不断扩大诉讼调解案件的范围，尝试对刑事自诉案件、轻微刑事案件和行政诉讼案件进行和解，积极

探索建立和完善这三类案件和解工作新机制。[1] ②2002 年以来，各个地区的检察院相继出台了关于刑事和解的规范性文件（参见附录1），充分表明了各地检察院对刑事和解的认可和践行。③2005 年由公安部发布的《公安机关办理伤害案件规定》，明确规定因民间纠纷引起的轻伤害案件可以调解处理。[2] 普遍认为这是公安机关办理轻伤害案件适用刑事和解的直接依据。

而在刑事和解的制度化实践中，上述司法部门及实务工作者的积极探索作为这一制度实践的重要推动力量是非常显著的，一方面，这无疑与他们的现实主义态度和灵活司法、解决问题的勇气和魄力有关；另一方面，在某种意义上可以说这个新兴的制度化实践，与传统做法和司法机关本身的一些利益不谋而合。前者无需论证，在此主要说明后者。

在传统刑事司法领域中，尽管作为司法惯习的刑事和解普遍存在，但除了在自诉案件和刑事附带民事诉讼等案件中调解与和解现象较为显著外，其他公诉案件，比如大多数检察官不会热衷于促成当事人之间就民事赔偿问题达成和解，而是一并起诉到法院，交给法院来处理这些问题。而在审判阶段，既有积极调解，促成当事人达成民事部分和解的法官，也不乏不热衷于调解与促成和解的法官。这种情况各个地方都很普遍，笔

---

〔1〕 黄庆畅：“刑事自诉等三类案件将探索和解新机制”，载《人民日报》2007 年 3 月 11 日。

〔2〕《公安机关办理伤害案件规定》第 30 条规定：“对于因民间纠纷引起的殴打他人或者故意伤害他人身体的行为，情节较轻尚不够刑事处罚，具有下列情形之一的，经双方当事人同意，公安机关可以依法调解处理：①亲友、邻里或者同事之间因琐事发生纠纷，双方均有过错的；②未成年人、在校学生殴打他人或者故意伤害他人身体的；③行为人的侵害行为系由被害人事前的过错行为引起的；④其他适用调解处理更易化解矛盾的。”

者在经济发达地区进行的实证调研和少数民族边境地区进行的实证调研都表明了这种情况的普遍存在。

通过笔者对近年来刑事诉讼的经验观察和一些学者的研究表明，刑事和解作为国内建设和谐社会和宽严相济刑事政策的具体体现，在国外恢复性司法和刑事和解实践的影响下，被赋予了一种较新的意义，“盛装”登上了司法的舞台。这其中一个重要的操作主体就是各个司法实务部门的实践者。如果说，在从前的司法工作中，类似刑事和解的相关实践还是一个相对具有风险的司法行动（自诉案件和附带民事诉讼中的和解除外），近年来随着刑事和解的盛行并逐渐成为一种时髦的做法，一些轻伤害案件或轻刑案件，只要不是明显超越法律的框架，和解、调解的做法不但不会受到指责，也许还会带来一些无形的益处。所以，自刑事和解的探索在局部地区开始试行以来，各个地方纷纷效仿，形成了热潮，各种新闻媒体也争相报道。当然，对一些轻伤害案件、未成年人犯罪案件、熟人亲属之间的伤害案等案件类型进行的刑事和解，一般不会引起社会上的质疑，并且只要当事人满意了，不会引起社会公众的关注。所以，这些案件的刑事和解，相对于重刑案件和受到民众普遍关注和激愤的案件来说，道德风险比较低。

总之，从宏观上看，刑事和解实践与司法机关近年来日益面临的下列局面不谋而合：其一，刑事司法实践在社会转型期出现较多的困境，如犯罪率和再犯率的上升不得不引发人们对传统刑罚功能的反思，[1] 葛琳以“娜拉走后怎么样?”来提出问题，历数传统刑事司法的种种弊端以及如今的各种困境，而

---

〔1〕 具体数据可参见葛琳：《刑事和解研究》，中国人民公安大学出版社2008年版，第4、5页。

对这些问题开出的药方即是刑事和解制度[1]；其二，犯罪率的上升与司法机关乃至监狱的不堪重负，日益凸显了程序分流的迫切性；其三，难以实现对被害人的赔偿和抚慰，正逐渐成为社会问题。[2]

（二）微观视角：实践者在具体案件中的考量

制度是众多相同做法的积累和规模化。这种积少成多的力量在制度形成的过程中是不可忽视的。案件的最终处理结果往往与案件的各个因素有着密切联系，而实践者即公权力机关的具体考量占有很重要的位置。

1. 多种因素下的非正式和解个案。

［牧区强奸案］2008 年某地的一个牧区，发生了一起强奸案，与众多强奸案中的受害者一样，受害者及其家人向公安机关报了案。于是，公安机关开展了立案侦查。但在侦查完毕移送起诉之后，案件突然发生了变化，被害人推翻了之前的全部陈述，提出其与犯罪嫌疑人是自愿发生的性行为，而不是被强迫的。这给检察官带来了很大的难题。强奸案中如没有其他证人和证据，最主要的证据就是被害人陈述等。如此一来，缺少了很重要的被害人陈述，这一案件就很难形成完整的证据链。办案的检察官考虑再三，又经过多次讨论之后，最终作出存疑不起诉的决定。实际上，办案的检察官已经了解了相关情况，就是当事人双方私下达成了和解，由加害人的家人出面与被害

[1] 参见葛琳：《刑事和解研究》，中国人民公安大学出版社 2008 年版，引论。

[2] 由于得不到赔偿而引发的悲剧一幕幕地上演。例如，傅剑锋："老父忍痛终结女儿生命　被害救助困境亟待改观"，载《南方周末》2006 年 4 月 27 日。

人及亲属协商，达成了由加害方给被害人安排工作，并让两人结婚等协议。检察官没有去追究被害人的伪证行为和背后的原因，也没有明确说明原因。实际上，从现实的角度看，无论是对于办案的检察官还是被害人来说，这都可能是最好的选择了。

这是笔者在牧区的调研中，一位检察官向我讲述的个案。根据检察官的叙述和说明，笔者基于行动者逻辑的视角做出如下分析：

首先，检察官之所以不去追究被害人的伪证行为和背后的原因，可能这对于被害人来说，是最好的选择了。而且，在特定的文化背景和社区环境下，这显然并不违背公理和社会道德，也不会带来恶劣的社会效果，在法律和政策均无严厉禁止的情况下，作为检察官没有必要坚持“依法办事”，事实上也使他减少了办案的难度。就性质而言，这是一个典型的民间私了案，与正式司法制度的冲突是显而易见的，但在不同的环境下，其结果和社会效果可能截然不同。例如，在汉族地区，国家的强制性、禁止性规范要求更加严格地执行，例如苏力先生的著作中提到的一起强奸私了案，从结果上来看与此差不多，而且按照苏力先生的说法可以称之为“合作规避国家制定法”，并在与国家制定法不同的“民间法”意义上构成了法律多元。[1] 但该案中的双方尽管达成了协议，却最终被司法机关发现，男青年也被判了刑。而牧区的这一案件则由检察院作出了“存疑不起诉”的处理，两个个案虽然都显示出公力救济与私力救济的交错，但本案中，文化背景和社会环境以及司法机关长期坚持的

〔1〕 参见苏力：《法治及其本土资源》（修订版），中国政法大学出版社2004年版，第45页。

民族政策可能是不可忽略的因素，同时也不可否认社会对非正式和解的宽容。

其次，从这里我们看到了当事人与检察官的较量、公力救济与私力救济的较量。这个过程是当事人和检察院及检察官之间的互动和交涉的过程。在整个过程中，除了当事人的态度和行动策略，检察官的态度和策略也非常重要，在这个案件的最后结果中，两方主体的行动选择非常完美地结合在一起，促成了各方的利益最大化。作为旁观者，我们可以推测，检察院可以有以下几种选择：在证据不足的情况下依然向法院起诉，把这一难题交给法院来解决；努力做被害人的工作，促使其提供真实的证词；退回公安机关补充侦查。但是很显然，这几个选择风险都很大，如果向法院起诉，一旦被害人还是坚持她后来的陈述，坚持证明自己是自愿与被告发生性关系的话，法院极有可能判被告人无罪；如果努力做被害人的工作，很有可能花费了很多时间、人力、物力和财力，到头来还是以失败告终；如果退回公安机关补充侦查，再找到其他证据的可能性几乎没有，可能又是个无谓的循环。所以从检察院的角度看，存疑不起诉无论如何都是一个不错的选择，首先在案件的考评和监督中风险较小；其次从成本的角度而言，成本低廉；最后一个也是很重要的一点就是当事人方面比较满意，如此一来便解除了后顾之忧。

再次，从当事人的角度来看，当事人必定会从自身的利益最大化角度来考虑，这是毫无疑问的。从上面的分析中，几乎看不出文化和道德观念对事件处理的影响，如果说有，也仅限于当事人对于强奸这样的行为的排斥和痛恨，比如，女方的报案。而更多的是国家的法律和强制力在案件处理和发展的过程中所起的作用。苏力先生当年分析那件法律规避的个案时，得

出结论说国家制定法对民间法潜移默化的影响。他致力于回答“为什么法官会允许习惯进入司法?”这一问题，通过一系列的精彩分析得出下面的结论：

法官在选择性允许习惯性规则进入司法，修改或置换制定法时，既不主要是由于他/她们没有正式法律的知识，也并非主要是出于某种文化的认同，或某种文化结构使然（文化认同仅仅在于决定以什么规则来修改、置换制定法上起作用），而同样是由于种种涉及他/她们自身一系列合法利益（其中包括对职务责任的考虑）的制约条件促成的。在这一点上，他/她们与乡民们并无根本的不同。[1]

与此相类似，我们从牧区的这一个案中看到了传统道德观念与实用主义态度的结合。任何一种文化结构中的个体，都首先立足于自身的利益和立场来选择适用不同的规则，而不仅仅是基于自身所处的文化与道德观念作出选择。在这种情况下，多元价值体系中的，或者说在传统道德观念体系和国家正式司法体系的夹缝中生存的个体，在具体的矛盾纠纷中表现出的是一个复杂的矛盾心态。这种复杂的矛盾心态在不同的情境中会有不同的表现，在不同的情形中会有不同的规则选择。无论从司法人员的角度，还是从案件中当事人个体的角度而言，这属于他们自身的生存逻辑。比起道德的逻辑和法律的逻辑，自身的生存逻辑更为重要，同样的道理也适合于国家权力机关中的个体官员。

---

〔1〕苏力：《送法下乡——中国基层司法制度研究》，中国政法大学出版社2000年版，第260页。

最后，从检察院的作用与角色的角度来看，发现检察院巧妙地回避了法律制度与个体选择的矛盾问题。制度是给多数人设计的，正因为如此，个体在寻求制度保护的同时，有些特殊需求与选择在正式制度中找不到正当性根据。在这一个案中，受害人与加害人经过协商，受害人在不幸发生之后得到了最好的补救方式，但却与国家刑事法律的“有错必究，有罪必罚”等逻辑发生了冲突，尤其在刑事追诉程序启动之后更是如此。而这正是正式的、普适性的、中心化的法律制度固有的缺陷。[1]所以，笔者认为，检察官扮演了一种消极的，但考虑了当事人偏好及其特殊选择的角色。

2. 制度化的刑事和解个案。如果说，在传统刑事司法中，上述非正式和解以一种非常隐晦的方式存在的话，那么自从刑事和解的制度化实践兴起以来，关于刑事和解的个案也随之高调进入人们的视野。为了分析个案中司法机关的选择和考量因素，这里仅举一例来加以说明。

［彭姓堂兄弟之间的轻伤害案］

2006 年 3 月 2 日 18 时许，家住南京市雨花台区的彭兴（化名）在开车回家的路上，途经村前的一条小窄路时，和正在路

---

〔1〕 这也许是制度的天生特点，是不可超越的；但还有可能是现阶段中国的普适性法律制度的不完善，即可超越的，这也是苏力先生的观点：“……在我看来，任何法律制度和司法实践的根本目的都不应当是为了确立一种权威化的思想，而是为了解决实际问题，调整社会关系，使人们比较协调，达到一种制度上的正义。从这个角度看，界定权利保护机制的权力应当是分散化的，在可能的情况下应更多地考虑当事人的偏好，而不是依据一种令人怀疑的普遍真理而加以中心化。因此，至少从秋菊的困惑来看，我们应当说，中国当代正式法律运作逻辑在某些方面与中国的社会背景脱节了。”参见苏力：《法治及其本土资源》（修订版），中国政法大学出版社 2004 年版，第 29 页。

边修三轮车的彭华（化名）相遇。彭华认为彭兴故意用车挤了他，便和其父母先后来到彭兴家门口论理，双方发生口角。正在彭兴家串门的其兄弟彭旺（化名），本打算劝架，不想反而加入到了纠纷中。双方六七个人厮打在一起。彭旺和彭华扭打过程中，彭华摔倒在地，腰部正好撞在水泥台阶上，造成两根骨头骨折，后经法医鉴定为轻伤。

审查完案件材料后，雨花台区人民检察院公诉科觉得，因邻里纠纷引发的轻伤害等轻微刑事案件，正好可以适用非刑罚化处理机制。承办这一案件的检察官告诉记者："彭旺的主观恶性较小；客观上，虽然不能否认他和被害人扭打中存在伤害故意，但他并没有积极追求对被害人的伤害结果；另外，当事人双方住在同村，相隔不远，还是同族堂兄弟关系，本身没有大的矛盾。"

定下了案件的和解方向后，雨花台区检察院积极协调双方当事人沟通。彭旺兄弟多次到彭华家看望，向彭华表示了诚挚的歉意，并表示愿意共同赔偿其各种医药费、护理费及误工费等共计人民币 36 000 元。基于邻里亲情，彭华表示接受彭氏兄弟的道歉，并表示，不愿看到彭旺因此判刑，影响其家庭和以后的生活。在雨花台区雨花新村街道人民调解委员会，一场由雨花台区检察院主持的刑事和解开始了。

加害人彭旺（化名）与被害人彭华（化名）签订了具有法律效力的调解协议书，彭旺同时支付了所有的赔偿金，检察院对彭旺作出不起诉处理。双方对处理结果表示满意，握手言和。签订调解书后，彭旺始终以大哥的身份搀扶着彭华上下楼梯，

并用车将他送回了家。[1]

首先，来看一下相关制度背景。从2004年开始，南京市检察机关开展了轻微刑事案件和解办案机制，截至2006年12月，全市检察机关共采用刑事和解处理犯罪嫌疑人共计951人，“无一人再犯罪，切实保障了被害人的合法权益，有效地钝化了社会矛盾，丰富了不起诉的内涵，取得了很好的法律及社会效果，为构建‘和谐南京’发挥了公诉工作特有的功能”[2]。经过两年多时间的探索，2006年南京市检察机关制定出《南京市检察机关轻罪案件和解实施意见（试行）》，对刑事和解的适用范围、操作方式、适用条件等方面进行了规范。

而在这时，南京市雨花台区打出“雨花首创、示范全国”的口号，由该区委政法委出台了《雨花台区办理轻微刑事案件适用实施意见》、《雨花台区轻微刑事案件快速办理机制实施细则》、《雨花台区推进轻微刑事案件和解机制暂行办法》和《关于对轻微刑事案件犯罪嫌疑人适用和解结案后跟踪教育的管理规定》等四个文件。

将和解机制向前延伸到公安，向后延伸到法院、司法局，明确公安部门在侦查环节就启动和解机制，对受理的轻微刑事案件先行调解；对检察院移送审查起诉的轻微刑事案件，法院首先采取调解措施，对调解成功的可以不予立案；对和解成功

〔1〕吴晓峰、张亦嵘：“刑事和解争议中试水遇法律难题”，载《法制日报》2006年7月26日，第008版。

〔2〕江苏省南京市人民检察院公诉处：“南京市检察机关公诉部门轻微刑事案件和解机制”，载宋英辉、袁金彪主编：《我国刑事和解的理论与实践》，北京大学出版社2009年版，第85页。

的轻微刑事案件犯罪嫌疑人，由司法局对其进行为期一年的跟踪教育，进一步矫正其犯罪心理和行为恶习，最大限度减少重新犯罪。同时，由政法委对和解工作进行定期和不定期检查，并纳入创建考核内容，对在推进轻微刑事案件和解工作中成绩突出的单位和个人，给予表彰奖励，对敷衍搪塞、酿成错案，在全区造成恶劣影响的单位和个人，将严格追究责任。[1]

其次，从案件处理过程中的考量因素来看，这一个案中的检察官认为，其一，“彭旺的主观恶性较小”。由于加害人与被害人是因日常琐事引起的冲突升级为伤害案件，双方都出于一时激愤，并且是互动的，因此，从犯罪的主观方面来看，并没有明显的主观恶性。中国刑法强调主观方面的过错，加害人的行为如果没有蓄谋的故意，相对而言比较容易受到人们的谅解。从和解的角度看，由于冲突是应激性的，从而双方之间具有达成和解的可能性。其二，“客观上，虽然不能否认他和被害人扭打中存在伤害故意，但他并没有积极追求对被害人的伤害结果”。从行为与伤害结果的角度而言，加害人的严重程度也没有太高，所以从客观方面来看，也是容易受到对方的原谅并容易达成和解的。其三，“当事人双方住在同村，相隔不远，还是同族堂兄弟关系，本身没有大的矛盾”。这是典型的社会结构、关系距离与纠纷解决方式之间的关系。家庭内部、亲属之间的冲突和纠纷容易达成和解，这是人们在法律实践中逐渐达成的共识，也符合布莱克的案件社会学原理，即关系距离越近，达成

[1] 陈文彬：“雨花台区努力打造‘轻微刑事案件和解’机制品牌”，载《今日信息报》2008年4月11日，第B04版。

和解的可能性越大。[1]

最后来看一下在这一个案中检察院的作用与角色。传统的检察官以代表国家追诉犯罪人的面貌登场，对犯罪人的追诉行动表现得很积极，但在对加害人与受害人达成和解（主要是民事赔偿部分的和解）方面却是消极被动的。一般情况下，除非当事人双方就民事赔偿部分自行达成和解，否则在审查起诉阶段的民事赔偿问题并不是检察官所考虑的，把这一部分交给法院来解决为上策。而在这一个案当中，检察官显然在当事人双方达成和解的过程中起到了重要的作用。“雨花台区检察院积极协调双方当事人沟通”，显然，检察院扮演了积极主动的第三方调解人的角色。在看到案件适合采取刑事和解制度后，检察院从犯罪追诉者角色迅速转换为调解人的角色，穿梭于当事人双方之间。在当事人之间的和解协议达成后，检察院又迅速回到犯罪追诉者的角色上，并以国家公诉机关的身份对犯罪嫌疑人作出不起诉的处理。事实证明，从检察院的角度来看，这样的决定比较保险，因为只要双方当事人满意了，后续的麻烦也就会随之消失。

3. 司法机关的行动选择与办案风格。美国学者奥蒙将利益集团分为四种：组织的利益集团（如工会、商人集团）、机构的利益集团、非组织的利益集团、不轨的利益集团。机构的利益集团指除了具有自身利益外，还有若干其他利益和目标的利益

---

〔1〕 关于布莱克的关系距离理论，详见［美］唐纳德·布莱克：《法律的运作行为》，唐越、苏力译，中国政法大学出版社 1994 年版，以及［美］唐纳德·布莱克：《正义的纯粹社会学》，徐昕、田璐译，浙江人民出版社 2009 年版。

集团，因被委托履行某些社会或政治功能。[1] 有学者通过对法院定罪量刑活动的实证研究，认为法院的定罪量刑呈现出一种利益平衡模式，即现实中的法院并不会仅仅依据法律和事实认定被告人是否有罪，而是要平衡多方利益和多方关系，并且法院作为一个利益整体和利益主体，倾向于自我利益的最大化。[2] 据此看来，司法机关可归属于各自的机构利益集团，它们在履行自己职责的同时也会面临自身的各种利益问题。

民间社会生活场域中，更突出的是民间的生活方式、特有的地方性知识、地方性逻辑、民族习惯、社会规范，拿刑事案件来说，民事与刑事只是法律上的区分，而从社会控制的角度，以及民众的角度来说，却不是截然分明的事物。所以，在民间社会生活场域中，只要当事人之间愿意和解，即使是国家垄断的刑事案件，国家也很难介入，甚至不可能被发现。这在地广人稀的牧区是理所当然的。但一旦进入到国家的视野中，纳入到正式司法场域里，就是另一番景象了。在笔者调查的基层司法机关里，司法人员对自己的业务都很熟悉，对法律和政策也很明白，并且都显示出较严格执行法律和程序，甚至有点刻板教条的倾向。当然，这只是笼统的直观描述，每一个司法人员，

〔1〕 下面一段话道出了司法机关面临的双重角色：“刑事司法程序中的警察、检察官和法官，其实也都分属于各自的机构利益集团。他们肩负的职责固然重要，但是他们自身的利益的确也是无法回避的客观实在。”吕亚力：《政治学方法论》，台湾三民书局 1979 年版，第 252、253 页；转引自姜涛：《刑事程序分流研究》，人民法院出版社 2007 年版，第 99 页。

〔2〕 肖仕卫：《刑事判决是如何形成的——以 S 省 C 区法院实践为中心的考察》，中国检察出版社 2009 年版，第 4 章。

因其每人独特的个性和人格特征，就会具有不同的执法风格。[1]这种不同风格决定了他们在对同一个案件的处理态度和方式上都会有所不同。但是这些人的个人风格是否天然地就生成了呢？实际上，个人风格和个性特征背后，存在着更深层、更具体的生存逻辑。其中，很重要的一个来源在于他们的"组织利益"：

首先，行动策略：从"背靠背"到"面对面"。调研显示，有些司法人员比较愿意采取"背靠背"的方式进行调解，这样有利于法官占据相对主动的地位。与民事调解略有不同的是，刑事案件的犯罪嫌疑人或被告人处于相对劣势的地位，并且受到国家法律惩罚的威胁。在这样的情况下，办案人员可以告诫犯罪嫌疑人或被告人，如果他认罪态度不好，不真诚地向被害人道歉并积极赔偿损失的话，必将受到法律的严惩。而且，法官不妨对犯罪嫌疑人或被告人说他将受到的惩罚在量刑幅度内甚至会超出量刑幅度，在心理上施加压力以便促使他主动赔偿被害人的损失，但这样的话不宜让被害人听到，因为可能不利于化解被害人的仇恨情绪。与此同时，在另一方面对被害人指出他在这一事件中扮演的角色和所负的责任，以此缓和被害人

---

〔1〕 巫若枝根据对众多法官的访谈总结出几种法官类型：①严格执法型：主要是指法官在受理审理案件中呈现出严格的法条主义倾向，严格按照法条执行，特别谨慎。或者这就是法治主义推进中所追求的法官素质。②我行我素型（变通法律型）：有个别法官办案中基本置法律于不顾，基本上按照自己对案件的理解和实践经验办案，并不太理会法律中他们认为不合理的改革。这样的法官往往成为当地的权威人物，具有很高的威信，但相应地会遭受一些利益的损失。③混合型：介于两种极端类型的中间类型。这类法官的特点是在不违反法律的情况下对情理的充分利用。当然，这是针对民事法官所划分的风格类型，不太适合于刑事法官，以及检察官的划分。参见巫若枝："当代中国家事法制实践研究——以华南R县为例"，中国人民大学2007年博士学位论文。

的情绪及降低他/她过高的期望值。[1] 当然，在刑事和解的制度实践兴起后，越来越多的办案人员采取“面对面”的方式进行调解，以促使当事人之间达成谅解，就民事部分达成和解。这与有的地方尝试借鉴国外恢复性司法和刑事和解的有些具体做法有关。有的法院、检察院专门设置了刑事和解的场所。

其次，从被动到主动。在实践中，各地之间相互借鉴、相互影响，形成了若干模式。按照陈瑞华教授的三种分类，从司法机关的角度看，加害方—被害方自行和解模式是一种较被动的模式，只有当事人自行和解了，才启动司法机关的审核确认程序。在传统的刑事司法活动中，这个模式也并非没有，只是像在上文中指出的那样，一向比较隐晦。司法调解模式和人民调解委员会模式（称之为委托调解模式似乎更为恰当）属于较主动的模式，都是司法机关发挥主观能动性的结果，在传统刑事司法活动中，似乎更多的是司法调解模式（当然，这还不是现在意义上的司法调解，因为其方法和效果等都非常模糊和隐晦，而且仅限于附带民事诉讼部分），而且在法院审判阶段比较

〔1〕 很多犯罪是加害人与被害人的互动下发生的，对此有学者做过相应研究，这也是被害人学的早期主要观点。司法人员运用的是类似被害人学的这一观念，即被害人的被害也有一定的过错，是要承担相应的责任的，司法人员做调解工作时经常使用这一策略让被害人认识到这一点，以降低过高的赔偿要求以及仇恨情绪。被害人学在18世纪中叶产生，德国犯罪学家汉斯·冯·亨蒂希曾指出：“在犯罪进行过程中，受害者不再是被动的客体，而是主动的主体。”参见［德］汉斯·约阿希姆·施奈德主编：《国际范围内的被害人》，许章润等译，中国人民公安大学出版社1992年版，第212页。这是被害人学的早期研究重点，后来其重点又转向被害人的“二次被害”的问题上：“被害人所受伤害有的直接来自犯罪行为，也有的是源自被害后受到社会的正式与非正式反应而产生的所谓‘二次被害’；既有对被害人身体和财产等形成的有形损害，也有心理、名誉上所遭受的无形损害。”参见李建玲：《被害人视野中的刑事和解》，山东大学出版社2007年版，第5页。

普遍。至于委托调解模式，是新近的刑事和解实践中部分司法机关采取的新方式。

所以，在总体上，刑事和解实践突破了司法机关传统的单纯消极地处理当事人的和解协议或者单纯做犯罪嫌疑人、被告人的工作（多数以背靠背的调解方式）使其作出赔偿等局面，尝试了较为主动的司法调解模式，以及主动提供给当事人一种协商的平台和机会，积极开展“面对面”的和解会议，或者委托人民调解委员会、社区等做刑事和解工作等。

总之，司法机关作为刑事和解的主体，其追求的目标之一是促成当事人之间的和解，最大限度地满足被害人和犯罪嫌疑人、被告人的利益，做到真正意义上的“案结事了”，可以说在这一点上，司法机关与当事人追求的都是同一个目标。但毕竟是属于不同性质的主体，司法机关与当事人也各有各的利益与目标，所以司法机关作为第三方，需要将不同利益和不同冲突加以协调、平衡。同时，还必须代表国家以及单位的立场，一方面代表国家行使追究犯罪、惩罚犯罪、维护社会安全的权力；另一方面还要出于自己的单位立场、“组织”利益，实现司法的各种职能。

因此，我们也许可以说，作为行动者之一的司法机关不但在宏观上成为刑事和解在我国制度化的一个重要推动力量，而在微观上，即在刑事和解的具体个案中，其以国家法律的权威和强制力量作为后盾，从程序上决定着刑事和解程序的启动、进行，以及和解后的处理方式等。

二、当事人的博弈和实践

那么，当事人在这一场制度化“战役”中又扮演了什么样的角色呢？

科特威尔非常重视对个体活动者的交互作用进行观察和研究，他认为在社会制度的建立和运作过程中，个体的交互作用是基础，通过对个体交互作用的观察来研究小规模社会交互作用的情况，属于一种“微观社会学”的研究方法。而这样一种研究方法可以探究到大部分社会现象，即能够发现“整个社会大厦”。[1] 作为刑事和解实践的主体之一，当事人也是刑事和解制度产生和发展的最基本的元素。那么，刑事和解制度的“整个大厦”运作和制度化的过程，也离不开其当事人的各种交互作用，甚至当事人与司法人员的交互作用。

在民间私力救济中，是否采用和解的方式解决矛盾和纠纷，采用什么样的方式和达成什么样的协议等都取决于当事人的态度和行动。但在司法场域中的刑事和解与民间私力救济还有所不同，因为当事人背后站着强大的国家和法律，司法人员作为其代表来主持和监督这一过程，一有和解不成或者不适合和解的情况，马上就会启动正式的救济程序和惩罚行动。尽管是否可以和解、采用什么方式和解、和解协议是否有效以及产生什么样的效果等都由司法工作人员决定，但关于是否愿意和解、达成什么样的协议等毕竟都属于当事人自己可以决定的范畴。然而，看似如此简单的过程，在实践中往往要复杂得多。因为当事人的选择和决定不但受到各种因素的影响，更是相互之间的一种博弈过程。

当然，在具体个案中，个体有和解的诉求，也有和解的可能性，这在任何一种形式的司法中都可能存在，无论在民间社会生活场域中，还是在司法场域中都可能出现。因此，在制度

〔1〕 参见［英］罗杰·科特威尔：《法律社会学导论》，潘大松等译，华夏出版社 1989 年版，第 170 页。

化的动因中，当事人的诉求和选择是基本的元素。

（一）被害人为什么选择刑事和解？

这些年的刑事和解实践表明，很多刑事案件中的被害人都愿意选择和解，而基于这个事实我们也可以作这样的理解，即这些被害人的选择从宏观方面成了刑事和解制度化进程的一个重要推动力。而接受和选择的动因却不可能是单一的。

首先，被害后的疼痛与折磨，导致被害人产生强烈的表达诉求。这在刑事和解的面对面程序中，通过向加害人及其他人诉说被害后的痛苦，以此获得心理安慰。实际上，国外的恢复性司法的理论基础之一“叙说理论”就是源于这个心理学上的事实。

其次，经过衡量利弊关系之后，作为理性经济人的思维逻辑，被害人认为拿到赔偿金是最为现实的。而如果按照传统的刑事附带民事诉讼程序，获得赔偿金也许更加困难。很多实证研究也曾经证明过传统刑事司法程序在赔偿方面的软弱无力，这已在第一章中有过详尽的论述，在此不再赘述。

再次，获得赔偿的愿望超过复仇的愿望。在社会控制的视野中，当个体受到来自其他个体的侵犯之后，会本能地表达不满，并将通过各种方式向对方施行惩罚，这种惩罚包括复仇，广义上也包括索要赔偿。“即便不清楚冒犯者是谁，社会控制也可能发生，如流言飞语，社会控制还可能有其他隐秘要素，如匿名控告。”〔1〕在人类历史中的很长一段时间，复仇作为社会控制的基本制度占据主导地位，但就在这样的情形下，赔偿与血金等形式也依然作为社会控制的方式没有远离过人类社会。

〔1〕［美］唐纳德·布莱克：《正义的纯粹社会学》，徐昕、田璐译，浙江人民出版社2009年版，第7页。

时至今日，即使在现代刑事司法体制对犯罪的垄断地位下，个体依然有着多样化的需求，而随着文化与价值观的多元化发展，这种需求更有加强的趋势。有的被害人会认为反正被害结果都发生了，即使把加害人送进监狱也于事无补，还不如多给一些赔偿金，这是典型的实用主义思维模式。当然，也有被害人持有“杀人偿命”、“犯罪者必须受到惩罚”等报应道德主义思维模式。

最后，即使有些被害人的复仇愿望不减，也仍然会选择刑事和解。在他看来，这是关于民事赔偿部分的和解，在对加害人刑事责任的问题上，仍然可以坚持原来的追究立场。如在2009年震惊全国的“杭州飙车案”中，被告人胡斌亲属赔偿并自愿补偿被害人亲属经济损失共计人民币1 130 100元。然而，当一审以交通肇事罪判决胡斌3年有期徒刑后，被害人谭卓的父亲谭跃则于24日下午分别向西湖区检察院、杭州市检察院、浙江省检察院、最高人民检察院寄出了抗诉申请书；向西湖区法院、杭州中级法院、浙江省高院、最高人民法院寄出了申诉书；还向杭州市人大、浙江省人大、全国人大寄出了情况说明书。谭跃表示，他“期待上级司法部门对胡斌的罪行有一个合法公正的定性”。

（二）被害人的选择与行动策略

1. 宽容的被害人及其家属。

［宋晓明杀人案］河北青年宋晓明因债务纠纷刺死了马某。而此案在马某的母亲梁建红向法官求情的情况下，法院从轻判处宋晓明12年有期徒刑。梁建红说：“儿子死了，自己很伤心，但枪毙他有什么用？他顶命我儿子也活不过来了。我对他也有仇有恨，但毕竟他年轻，救他当行好了吧。我不求他回报，希

望他出狱后重新做人，对社会多做些贡献。”而关于赔偿问题，梁建红说：“给多少钱我儿子也活不了，我愿意要儿子。何况他们家的情况连我都不如，能赔什么钱?”[1]

这个案例在现实中比较少见，但并不是仅此一例。从道德伦理的角度而言，这是一个真正的“和解”事例。前不久在“孙伟铭醉驾案”中我们看到，在二审程序中，几名被害人家属在谅解书上签字，促使从一审的死刑改判为无期徒刑的轰动事件。当然其中有个情节是被告人孙伟铭的70岁老父亲到处筹借赔偿款的举动，感动了很多网民甚至被害人家属，如果有人认为这是“花钱买刑”、“钱刑交易”的话难免有失公允。因为在事实上，孙伟铭的态度和其父的行为确实表现出对己之过错的最大限度的补救，事实上减少了被害方的仇恨心理，甚至引起了他们的同情和谅解。

在这样的案例中，只能从道德伦理的角度来解释被害方的心理和举动。但这样的被害人及其家属毕竟少见。在刑事纠纷中，希望复仇与获得赔偿的被害人及其家属占绝大多数。

2. 大多数被害人的选择与策略。首先，如上所述，有的被害人因宽容而选择谅解加害人。不乏有的被害人及家属出于纯粹的道德良心而原谅了加害人，也有的充分地认识到自己也存在过错。但大部分被害人及家属的态度取决于加害人的认罪态度是否真诚，甚至是否以实际行动证明了悔过的态度。因为不仅仅犯罪事实发生的过程是互动的，之后的刑事诉讼过程也是一个互动过程，对方的任何一个言语或行为，都可能影响到对

[1] 刘仁文：“要惩罚也要宽容”，载《人民法院报》2010年1月29日，第7版。

方下一步采取的态度或行动。

其次，为了获得赔偿金，被害人或其家属作出一定的让步，承诺不追究犯罪嫌疑人或被告人的责任，从而激发加害人及其家属进行赔偿的积极性。这似乎暗含了一点交易因素。实际上学界和民间的部分人质疑乃至反对刑事和解制度，与此也有很大的关联。

（三）加害人为什么选择刑事和解？

与被害人比较而言，加害人选择刑事和解的可能性会更大。

首先，刑事和解对犯罪嫌疑人、被告人来说是一次减轻罪过的机会。“知错能改，善莫大焉。”从心理学的角度来说，犯罪的个体只有在直接面对被害人时，才会有机会直面自己所犯的罪过给对方造成多大的伤害，如果制度（刑事和解制度）鼓励他以自己的实际行动弥补给对方带来的损失，本质上也可以视其为犯罪结果的延伸，所以实践中将积极弥补对方的伤害的举动，视为减轻了一部分罪过。刑事和解制度就是鼓励加害人积极弥补自己过错的机制，它不像传统的刑事附带民事诉讼制度那样充满了公事公办的色彩，缺少被告人积极履行的激励。很多情况下，悔过来自于对所犯过错和犯罪对象的直接面对，宽容来源于沟通和理解，所以，给予犯罪人（这有悖于无罪推定原则）刑事和解的机会就等于给予他悔罪和积极挽救犯罪行为给被害人带来的伤害的机会。

其次，如果刑事和解成功，按照一般程序来说，就会对犯罪嫌疑人、被告人的罪过重新考量，轻伤害案件中，有可能被认为危害不大，受到撤案、不起诉或免除、从轻、减轻处罚的处理结果。在重伤害案件中，也可能会受到从轻、减轻的处理结果。因此，从理性人角度而言，刑事和解是犯罪嫌疑人、被告人的最优选择。

最后，如果积极补偿给被害人造成的伤害，加害人便有机会获得被害人，乃至社会大众的谅解。在“孙伟铭醉驾案”中，孙伟铭自始对自己的罪过无限忏悔：

补偿行为其实在那次惨烈事故发生的第一时间里就发生了。现场多位目击证人向警方证实，孙伟铭带着头部的伤势下车后显得“茫然无知”，好像他只是一个过客，正目睹着一个车祸现场；当孙伟铭发现有人伤亡后，立刻喊道：“有人受伤了，快打120，快救人。”……一审判决之后，孙伟铭父亲开始了艰难的赔偿之路，“我只想保他一条命”。[1]

孙林是重庆铁路的一名路基工，家境并不宽裕；孙伟铭虽然是某IT公司高管，但事业刚刚起步，财产也只有一套按揭的房子。面对受害人家属提出的180万元赔偿金，孙家人毫无偿还能力……此后很长一段时间里，孙林都在四处奔波筹款，结果他患了癌症，并且在二审开庭前夕被推进了手术室，不能亲自到庭参加庭审，成了他最大的遗憾。而为了挽救孙伟铭，妹妹孙小媚不得不带着怀孕之身，继续一家人的营救之路。这些情况被越来越多的媒体关注，一个父亲和一个家庭为拯救儿子性命所做出的努力，促使许多人开始同情孙家，希望改判的呼声也越来越高，“他们也太不容易了”。虽然受害人的态度不一，如在“疯狂别克”下失去双亲的张志宇和金宇航仍然没有表示谅解，但毕竟还是感动了多数民众和受害人家属之一韩常进。最终，一审被判为死刑的孙伟铭，在二审中扭转了局面，被改

---

〔1〕“孙伟铭醉驾改判无期：民意为何倒戈”，载 http://news.21cn.com，访问日期：2009年9月10日。

判为无期徒刑。

（四）加害人的选择与行动策略

还是以“孙伟铭醉驾案”为例。孙伟铭及家人选择了刑事和解，选择了以言语和行动弥补已经发生的严重后果，尽管可以说这是当事人出于求生本能的自发行为，但也不可忽略其中所蕴含的行动策略。从心理学的角度来说，沟通是人与人之间最重要的交流方式，矛盾、感情交流都依赖于沟通，通过沟通，才能够有理解，从而进行进一步的、深入的感情交流。具体到矛盾与纠纷，甚至侵害发生之后，唯一的缓和方式就是双方坐下来沟通、交流。犯罪嫌疑人、被告人只有直面被害人，用言语表示自己的悔过态度，用积极赔偿的行动弥补自己行为给对方带来的后果，才能够有机会得到被害人的谅解。所以，这些可能得到被害人谅解的方式和策略，被许多犯罪嫌疑人、被告人所采取。

第一，惨烈的交通事故发生后，孙伟铭立即采取补救措施，这个有当时的目击者能够证明。这个细节尽管在一审中没有被人注意到，但在二审时，不但被人们注意到，无疑也成为改判的依据之一。

第二，态度积极，认真悔过，用言语一再地表示对已发生的惨剧追悔莫及。

我犯了一个极为严重的错误，触犯了刑法，造成了不可弥补的惨重后果。这都是我长期漠视交通法规、过度自信埋下的祸因所致。我非常清楚车祸发生后所导致的悲惨现状：曾经美满的家庭瞬间破碎；曾经鲜活的生命也埋于黄土；曾经誓言发奋读书，为了兴家立业，报答父母养育之恩的梦想化为泡影；曾经健健康康、大步流星的阿姨，一生都要伴着手杖度过，甚

至神智受损、记忆丢失……我也是家有双亲的儿子，我能体会到世上最悲伤的事莫过于“子欲养而亲不在”。我能体会到阿姨的儿子每天盼着母亲健康，自由、微笑被我这罪恶的人无情夺取，内心何等的愤怒、绝望。我的罪孽是无法饶恕的。我欠你们的血债永远也无法偿清。[1]

第三，一再地表示将来努力赎罪的决心。

我最近知道你们怜悯我的父母愿意给予谅解。我非常激动，我无法形容对你们施舍救命之恩的感激，数日彻夜难眠。我想那么有限的赔偿怎么能抚平你们遭受的巨大而持久的伤痛。我这辈子如果还能够捡回一条命，就是做牛做马也要继续弥补对你们的伤害。我是一个有血性、讲诚信的青年。请你们接受我最深切的忏悔。请你们和关心本案的公众用几十年的时间来见证我兑现承诺。我坚信只要我还活着，赎罪的行动就不会中止。[2]

第四，以积极赔偿的行动证明悔罪的决心，以求得被害人家属、民众及法官的谅解。事故发生后，孙伟铭的父亲孙林都在四处奔波筹款，妹妹孙小媚也带着怀孕之身四处奔波，这些都是最后博得人们同情和谅解的重要原因。

第五，为获得对自己有利的判决，以及期望罪名能够由一

〔1〕“孙伟铭醉驾改判无期：民意为何倒戈”，载 http：//news. 21cn. com，访问日期：2009 年 9 月 10 日。

〔2〕“孙伟铭醉驾改判无期：民意为何倒戈”，载 http：//news. 21cn. com，访问日期：2009 年 9 月 10 日。

审的“以危险方法危害公共安全罪”改为“交通肇事罪”，被告人孙伟铭自己及其律师，也不失时机地找各种理由辩护。孙伟铭的两位律师强调被告主观上并不具有以危险方法危害公共安全的主观动机，“他是一个积极上进、工作出色，有爱心和同情心的青年人，资助过贫困人士，并积极参加了抗震救灾。难以想象这样优秀的一个人会放任不特定多人的死伤结果发生。”

他们还拿出了当时事发现场的几段天网录像，并请专业计算机分析专家分析得出结论，孙伟铭在案发时并非故意跨越双实线，而是为避让其他车辆和行人才呈“S”形高速行驶，并撞上“长安奔奔”并酿成惨祸的；至于成都中院一审判决死刑，其实是以牺牲孙伟铭为代价而获得全社会对酒后驾车等恶性交通违法行为的重视。[1]

孙伟铭也辩称自己当时因车厢密闭、驾驶疲劳等原因，酒力发作而陷入迷醉，“到现在都想不起发生了什么”，所以并不是故意闯祸。[2]

另外，在孙伟铭的案件中没有相应表现，但在其他案件中会有类似情况，即有的加害人作出赔偿之前，向被害人明示或暗示让其不再追究自己，而与之达成不追究刑事责任的协议。尤其在轻伤害案件中，这种情况比较普遍。因为，在轻伤害案件中，如果当事人之间达成民事部分的和解，在侦查阶段可以

〔1〕“孙伟铭醉驾改判无期：民意为何倒戈”，载 http://news.21cn.com，访问日期：2009 年 9 月 10 日。

〔2〕“孙伟铭醉驾改判无期：民意为何倒戈”，载 http://news.21cn.com，访问日期：2009 年 9 月 10 日。

撤销案件，审查起诉阶段可以不起诉，而审判阶段可以作出免除处罚等决定。这种情况突出了刑事纠纷解决的功利性和交易性质。

（五）双方当事人的社会结构及互动关系

任何社会现象，包括法律现象与活动，都是在个人与社会交互作用中进行的，这是科特威尔所谓的社会交互作用。

> 重视个人动机，并不是要把根据社会学的解释变为心理学的分析，而是承认社会现象——法律、政治结构、社会规范、经济制度——并不仅仅是从外部对个人发挥作用，而且本身也是个人与社会交互作用的结果和具体体现。从一般意义上说，社会交互作用是指：个人相对其他个人的活动，以及由上述活动引起的、并影响上述活动的被承认的期望、理解和可公认的常规行为的模式。[1]

同样，每一个刑事和解的行动都是在社会交互作用中进行的，当事人之间的博弈与实践或推动或阻碍刑事和解的实现，而这些微观社会学意义上的作用，在制度化实践的进程中，的确是不可估量的。

对刑事和解个案稍加观察便可发现，当事人之间的社会结构、关系距离等因素在刑事和解案件中尤为明显。刑事和解案件的当事人之间往往有特殊身份关系，如亲属、同属一个社区共同体（民族、邻里、同事等），具有相似的文化背景、习惯等。从其实际办理的刑事和解个案中很多都可以见到“同事”、

---

〔1〕［英］罗杰·科特威尔：《法律社会学导论》，潘大松等译，华夏出版社1989年版，第169页。

"同村"、"邻组"、"生意伙伴"、"一家人"等描述。少数民族地区的刑事和解，则往往强调习惯法因素和民族文化传统的特殊性。

首先，关系亲密群体在刑事和解中占较高比例，不但办案人员认为前者更适合调解或和解，从而在行动上更倾向于适用刑事和解，更主要的原因在于，这种相当于初级关系群体的关系本身的性质决定了双方更为容易达成和解。当事人更愿意接受刑事和解，而且结果上会更容易和解成功。这个现象符合布莱克的案件社会学原理。

其次，只有经过双方当事人的互动，才可促成刑事和解。如果只有一方有和解的意愿，而另一方无动于衷，仍然很难形成真正意义上的刑事和解。实践中不乏这样一种情况，即犯罪嫌疑人或被告人认罪态度极好，不但积极悔过道歉，并积极赔偿被害人的损失，但被害人并没有谅解对方，就算接受了对方的赔偿，也并不算真正意义上的刑事和解。因为检察院起诉时或者法院审判时，照样可以将犯罪嫌疑人或被告人的上述态度作为起诉或量刑的参考因素，当然，由于自由裁量权的存在，关于结果没有明确的确定性，所以，只有双方存在互动的情况下，才有条件达成刑事和解协议。

最后，诉讼是当事人双方的一场较量，从宽泛的意义上来说，刑事诉讼是办案机关、原告、被告的三方博弈。刑事诉讼，尤其是国家追诉的刑事诉讼过程，由于国家的参与，使原有的社会结构发生了一定的改变，与民事诉讼的社会结构比较而言，也许更复杂一些。而刑事和解，与传统刑事诉讼模式比较起来，加害人与被害人双方的博弈与平衡则更为突出。

根据刘军的研究，在犯罪过程中，加害人与被害人都追求自身利益的最大化，加害人会通过一切手段获取最大化的利益，

而被害人亦试图通过各种保护措施避免利益的损失（负增长）也体现为一种利益的最大化，因此，被害人与加害人常常处于一种紧张之中，如果犯罪得逞那么被害人的利益损失往往就是加害人的利益所得，所以这是一种“零和博弈”。[1] 犯罪发生并进入公共权力场域之后，在国家惩罚犯罪的刑事诉讼程序中又会发生一场国家与加害人之间的博弈，这个博弈也是一种非此即彼的“零和博弈”。但是这个传统的犯罪观念和制度设计忽视了另外一种情况，即对于加害人与被害人的关系来说，进入刑事诉讼程序的双方尽管还是一样力求对自己的利益最大化，即加害人通过各种方法和途径逃避对自己的惩罚，而被害人则通过国家和司法机关获得最大限度的保护，但从博弈论的角度来看，已经转化为一种非零和博弈。刘军研究发现，在轻刑格局中当事人双方更倾向于和解，而且只有刑罚与民事赔偿在价值上可以匹配并进行等价交换时，才有刑事和解的可能。[2]

实践中当事人的博弈和行动选择表明，在具体个案中，个体有和解的诉求也有和解的可能性，这在任何一种形式的司法中都可能存在，无论在民间社会生活场域中，还是司法场域中都可能出现。所以，在制度化的动因中，当事人的博弈和实践是基本的元素。

当事人是刑事和解制度运作中关系到切身利益的重要主体，无论从理论层面，还是从上述经验观察所得出的结论来看，在

---

〔1〕“零和博弈”是一种你死我活、天无二日的丛林生存法则，是典型的非合作博弈，因而，在这一冲突法则中无需冲突双方基于协作的沟通。所以在犯罪过程中，被害人与犯罪人处于非此即彼的冲突之中，双方为了各自利益的最大化而进行你死我活的斗争，就体现了这样一种“零和博弈”模式。

〔2〕参见刘军：“刑事和解的博弈论视角”，载《山东大学学报》2008年第2期。

刑事和解制度化的各个推动者和行动者中，当事人都是最为实用主义的主体。当然，在当事人的选择和行动过程中，都渗透着一层传统道德观念。个体的行动更多地是一种传统道德观念与实用主义态度的结合。[1] 不管在什么样的文化结构中的个体，都是首先在自身利益的考虑基础上选择适用不同的规则，而不仅仅是基于自身所处的文化与道德观念等因素，因此，多元价值体系中的，或者说在传统道德观念体系和国家正式司法体系的夹缝中生存的个体，在具体的矛盾纠纷中表现出的是一个复杂的矛盾心态，在不同的情境中会有不同的表现，不同的情形中会有不同的规则选择。

总之，当事人是刑事和解实践的主体，他们的行动是刑事和解制度产生和发展中最基本的元素，宏观上也构成了刑事和解制度的社会需求。尽管上一部分的分析已经说明刑事和解程序的启动及和解成功后的处理结果等都取决于司法机关的行动和态度，但司法人员的行动和态度一定程度上也是根据当事人的态度和行动来作出的选择。如果说，司法机关决定着刑事和解程序的启动和运作方式、以及和解成功后的处理方式，那么当事人的博弈和实践便决定着案件的发展方向，即包括是否选择和解、采取什么样的策略和行动进行和解，等等。当然，他们都在宏观的刑事和解制度化进程中，无意识地成为最重要的推动力量。

---

〔1〕 费孝通与苏力曾经描述过强奸案私了的事件，案情基本相同，都是典型的传统道德观念与实用主义态度相结合的例子。而在笔者的长期观察和实证调研中，也遇到过不少类似的案件。参见费孝通：《乡土中国　生育制度》，北京大学出版社1998年版；苏力：《法治及其本土资源》（修订版），中国政法大学出版社2004年版。

三、民众的声音

司法机关和当事人在每一个具体个案的微观互动，以及积少成多的过程中，促成了宏观上的制度变迁。但这远远不是全部。在这一系列的事件和宏观进程中，民众的声音也作为一个推动力量参与其中。

民众作为制度变迁中的主要行动者，在历史发展中向来发挥着不可替代的作用。正如滋贺秀三所言：“社会事实的内部必然有着某种在更广泛意义上的思想。正是在这种思想的深处，或许存在着比思想家们的雄辩地主张着的各种命题更为本原的思维架构和条理。”〔1〕那么，民众以什么武器来影响历史和制度呢？大多数情况下，通过“民意”。民意，即民众的意愿，是大多数民众共同的、普遍的所思所想，并且往往与大多数民众的切身利益紧密相连。然而，民意是一个相对抽象的概念，人们主要通过它的具体表现形式——民间舆论来把握它。所以，在实践中，民间舆论往往成为民意的替代者，在司法实践中也出现过一些“舆论审判”等违背司法自身理念的事件，〔2〕但近年来对现代法治的一些反思和改变，就是在民间舆论（当然也包括学者话语）的推动下发生的，〔3〕这也不能不说是民众的功

〔1〕［日］滋贺秀三：“中国法文化的考察”，载《比较法研究》1988年第3期；［日］滋贺秀三等：《明清时期的民事审判与民间契约》，王亚新等编译，法律出版社1998年版，第1页。

〔2〕例如，“张金柱案”、“杜培武案”、“佘祥林案”等法律事件在舆论（主要是民间舆论）的压力下，制造出了一系列违背司法正义的冤假错案。

〔3〕如“孙志刚案”直接推动了《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》的废止以及《城市生活无着的流浪乞讨人员救助管理办法》的颁布施行；“黄静案”促使颁布实施《关于司法鉴定管理问题的决定》等，民间舆论还通过很多个案对审判过程或审判结果产生了直接或间接的影响。

劳、时代的进步。

在刑事和解的制度化实践中，民意仍然是一个重要的因素，它会阻碍或推动这一项制度的建构和发展。从民众的角度来说，法律和制度的确定性和整齐划一是最为理想的，弗兰克将传统法学理论中关于法律确定性的观念和理想称为“基本法律神话”，实际上也适合于普通民众。民众，尤其是中国人，自古以来持有“杀人偿命”、“以牙还牙”等观念，并且对法律和制度寄予了这种确定性的极大期望。这种确定性的理念在传统的报应性刑事司法中有很大的体现，如“罪刑法定原则”、“有罪必罚、有错必究”等。

所以，刑事和解制度的个别化惩罚、杀人不一定偿命、协商性等特征必然与民众的传统观念产生冲突。刑事和解实践兴起后，民众的质疑声音一直未曾间断，人们用“花钱减刑”、“赔钱买命”等词语来质疑刑事和解制度的正当性，处处表现出对法治的确定性、法律的正义性问题的担心，还有对是否会纵容富人违法犯罪表现出极大的忧虑。先不说普通民众，甚至一些不了解详情的法学学者、律师都表现出很大的疑惑和担心。所以，在刑事和解的制度化进程中，民众的声音也成为这一制度运作的一项参考，其中，对民意的辨析、成因的分析等都成为制度实践者们的重要任务。

然而，刑事和解制度的理念本身就是一种相对不确定性的，对加害人是否要刑罚惩罚、罚多少等问题要考虑到双方当事人是否达成谅解，如果加害人积极弥补被害人的损失，被害人可以原谅加害人的话，刑事追诉有可能终结，或者可能受到较轻的惩罚等，很多人对此感到不能接受。

而民众的接受力是否真的如此低下，心理是否真的如此脆弱？深入分析，便可发现，并不是我们表面上看到的那样。在

传统刑事司法实践中，尽管有相当多的作为惯习的和解实践，但由于一般不会进入民众的视野中，所以除了一些司法腐败等问题之外，没有明显引起过民众的注意。

实际上，这种担忧和批评并不是针对刑事和解的制度本身，而是来源于另外一些因素，我们可以通过个案分析来寻找答案。

［哈尔滨宝马撞人案］

2003 年，农民代义权驾驶拉大葱的农用三轮车与一辆宝马车的倒车镜相剐。于是，车主苏秀文与代义权起了冲突。苏秀文上车后，宝马车突然向前冲击，将站在该车前方的刘忠霞（代义权之妻）当场撞死，同时致现场的 12 人受伤。后双方就民事赔偿达成和解，苏秀文共向代义权支付 9.9 万元，除去丧葬费等费用，代实得 8 万元。2003 年 12 月 20 日，苏秀文被哈尔滨市道里区法院以交通肇事罪判处有期徒刑 2 年缓刑 3 年。

当一审判决结果（苏以交通肇事罪一审被判处有期徒刑 2 年、缓刑 3 年）出来时，舆论一片哗然，网上开始传说“苏是黑龙江省某领导亲属”，苏的丈夫是大老板，“用钱买通了关系”、证人被“封口”等。人们对“宝马撞人案”提出种种质疑，大批的网民说苏是故意肇事，认为法庭量刑太轻，判决不公正，要求重新审理。在新浪网的调查中，超过 91% 的网民说苏是故意肇事，认为法庭量刑太轻、判决不公正，只有 3% 的网民认为公正。

首先，此案的一个焦点问题是“被告苏秀文是黑龙江省某领导的近亲属”这一传言。这一传言没有提供证据，而网络舆论群体似乎都相信其真实性。他/她们没有试图去寻找这一传言的根据，只是不假思索地采纳了，因为这个传言似乎证实了人

们对判决公正性的怀疑。其次，关于苏秀文的撞人是故意还是过失的判断。对于这一问题恐怕连当时在场的群众也无法判断，只有肇事者苏秀文自己清楚，或许连她自己都分不清楚了。但是民众却根据当时的新闻报道（甚至只根据自己的直觉）判断苏秀文是故意撞人，认为一审判决不公正，以致达到91%的网民认为应判苏秀文故意杀人罪。基于以上分析，至少可以看出：一是民间舆论群体处于一种非理性的状态，这种状态基本上属于集体无意识的范畴；二是群体的判断毕竟以个体的话语形式表达出来，单独看来，他们的话语几乎没有什么根据（只是说没有根据，而没有暗含正确与错误的判断），但在群体内部极具感染力，可以迅速在群体中蔓延开来，并被群体的成员所接受。作为民间舆论群体的成员，大部分人都抛弃了理性思考，把大家认为正确的，理所当然地也认为是正确的。[1]

轰动一时的宝马撞人案在一片疑惑声和声讨声中渐渐平息，被害人的家属选择了沉默和逃避，留下的是人们的种种猜测和疑惑。然而，时隔几年后，又有好事者在网上挂出消息，对这一案件当年为什么被强行平息这一点进行了分析和考证。下面有一段话颇具代表性：

代义权最终会不会仍坚持和解！他会不会跟撞死自己妻子的凶手成为朋友！那是他自己的事！但是，死在车轮之下的刘忠霞！她不仅仅是代义权的妻子！也不仅仅是两个孩子的母亲！她代表的是中国千千万万终日为生计奔波，辛酸过活，却只能勉强糊口的农妇！她代表的是中国的弱势群体！为了她们最基

---

〔1〕参见萨其荣桂："法律事件中的民间舆论群体及其话语实践"，载人大复印报刊资料《法理学法史学》2007年第4期。

本最起码的生存权利！我，以及千千万万有良知的中国人会坚持到底！直到杀人凶手和为她开脱罪责的人得到他们应有惩罚为止！为了正义，为了自己的子孙不再出门被宝马车撞死，大家努力啊！[1]

随着各个地方提倡并尝试刑事和解，各个媒体也纷纷开始报道相关实践情况。如2007年在一起抢劫案中，三名犯罪分子对被害人实施抢劫后将其刺死。由于被害人是其家庭惟一的生活来源，被害人的死导致其家庭三代人的生活陷入贫困的深渊。为此，广东东莞中级人民法院对该案的刑事附带民事诉讼主持了调解，三名犯罪人家庭和律师都表示愿意赔偿，并择日确定赔偿的具体数额。而被告人家属愿意赔偿的态度，促使被害人家属向法庭申请从轻处罚。[2] 而另一则报道表明，被告人通过补偿被害人经济损失获得从轻处罚的判例在东莞已超过30宗。[3]

但是，当东莞中院“赔钱减刑”的报道出来后，引起社会的轩然大波。法院办公室的电话成了热线，东莞中院为此每天都要接成千上万的电话，不停地对来自各方的提问进行解释，并一再强调“即使赔了钱，也未必意味着一定从轻处罚。如果是一些社会危害性大的重案，不论被告方是否赔偿，都不会从

〔1〕 摘自网络上的网友帖子。

〔2〕 “赔钱减刑，合法？合理？合情？”，载《南方周末》2007年2月8日。

〔3〕 李凤林：“‘赔钱减刑’与刑事和解”，载《南方周末》2007年2月14日。

轻量刑”。[1]

实际上，类似案件还有很多，最近的“杭州飙车案”中也存在同样的问题。对此，很多学者从中国民众的传统观念来进行解释，如中国人的报应、杀人偿命等传统观念，导致了民众对上述案件的强烈反应。[2] 但是这里有一个问题，即民众的报应观念是否根深蒂固，民众对一些刑事和解案件表现出强烈的情绪和质疑态度是否完全来源于报应等传统观念？对这些问题，恐怕很难予以作出简单的定论。

一方面，因果报应、杀人偿命等传统观念尽管在民间广泛地流传到现在，但这种观念从来都不是绝对的，也不是一成不变的，而是随情境的不同而不同。人类社会中，除了报应观念的广泛存在，也从来不缺乏关于宽恕、赎罪的观念和行动。并且直至今天，在诸多轰动案例中仍然可看到民众道德感的另一面，例如“邓玉娇案”，舆论明确倒向邓玉娇，普通民众一方面表示出对其杀人行为的同情与理解，另一方面则表现出对官员行为的深恶痛绝。而在“孙伟铭醉驾案”中，民间舆论从一审的痛恨到二审的谅解，说明民众会原谅真心悔过的犯罪者。

另一方面，如果对一些引起强烈反应的案件稍加观察，便可看出，这些案件都有一个特点，即大部分都涉及贫富、官民、强弱的冲突与和解的因素，意味着民众对于这种地位和力量悬殊的和解不予信任，而并不是出于“有罪必罚”、“杀人偿命”

---

〔1〕 吕清：《审判外刑事案件处理方式研究》，中国检察出版社 2007 年版，第 170 页。

〔2〕 例如，吕清：《审判外刑事案件处理方式研究》，中国检察出版社 2007 年版，第 170～172 页。

等报应观念。在“杭州飙车案”中，大多民众认为被告人的父母“花钱买刑”，对其以“交通肇事罪”定罪表示出强烈的不满。这说明了民众对富人的要求比较苛刻，轻易地不会谅解。

总之，民众的声音是一把双刃剑，尽管有的时候表现出从众、盲目等非理性的倾向，但从长期看来，其表达了社会大众的切身利益、集体的道德感以及对制度和法律的不同需求，甚至透过这些可看到中国社会和法律的诸多问题。而从我国刑事和解实践和制度建设中，我们看到，民众一方面出于“花钱买刑”等担忧来批评和质疑这一项制度建设，但从另一方面，又对刑事和解的制度化进程发挥着一种催化剂的作用。

四、积极观察与探索的学者

伴随着刑事和解制度化实践的兴起，相关理论研究也以惊人的速度升温，也可说是盛行，为中国刑事和解的制度建构出谋划策。所以，学者也在这个意义上成为刑事和解制度化实践中的一个行动者，积极地参与到这个制度化进程中，以自己的方式推动着这一进程，而与其他行动者的不同之处在于其参与方式，即理论研究和舆论导向等方式。

从宏观角度而言，每一种理论都与实践相关，刑事和解研究热也与实践中的刑事和解热相关，很大程度上二者属于相辅相成的关系。但从另一个角度而言，除去实践因素、经验世界的基础之外，刑事和解的理论热与学术研究自身的因素也紧密相关。刑事和解的制度化引起了社会舆论及法学界的反思甚至争论，这本身就对学术研究带来了不可多得的机遇和挑战。因此，刑事和解在这个时代的“诞生”，不仅是个制度性事件，无疑也是一个学术性事件。我们观察它时，不但要知道它是实践先行的制度性事件，也不应忽略其中暗含的学术意味。学术研

究作为一项职业，在如今更走向了高度专业化，并且已经没有哪一个问题是先人尚未注意到的，除非是伴随着时代的发展产生的新生事物，然而即使是新生事物，也与原有世界具有千丝万缕的联系，或者是从原有世界脱胎而来，也可以说就是原有事物的延伸或变种。在某一领域、某一问题上作出创见和突破已经越来越困难，如果这个时候出现某一新生事物，就会带来像在水面上一石激起千层浪一样的效果，这是一个不可多得的挑战和机遇。

实际上，这也印证了大多数事件与现象背后都有一只无形之手——“利益”——在操控着，并与事件本身相辅相成。学术性事件也不例外，对其背后的“利益”因素，是每一个学者都应直面的问题。具体到刑事和解研究热，大家蜂拥而上并不是坏事，对这种挑战与机遇本来不应视而不见，但关键在于，一定要保持冷静的头脑，判断这种热潮与实际的重要性之间有多大联系、实践的推行有多大程度上是社会实际需要的回应，等等。

总之，学者无形中也成为刑事和解制度化趋势中的一个重要行动者，在制度建构的艰难历程中，他们以正当性论证、制度评价、理论建构等方式在发挥着理论探索者的特有作用，推动着我国刑事和解的制度化进程。

五、刑事和解制度的社会功能与司法功能分析

通过上文的论述，进一步表明了刑事和解制度的社会需求以及行动者的行动逻辑对制度化的推动作用。刑事和解制度化实践中的行动者均为了各自的立场和利益考量，进行博弈或积极探索，由此我们可以看出刑事和解制度给各个行动者带来了什么样的作用和价值，归纳起来为刑事和解制度的社会功能与

司法功能。需要注意的一点是，刑事和解的功能在这里主要是指其实际作用，即能解决什么问题、能够给当事人、社会和刑事司法带来哪些积极预期、具有哪些不可替代的价值。

（一）纠纷解决功能

刑事和解制度的社会功能来自于和解、调解等的纠纷解决功能。因为刑事和解归根结底是一种纠纷解决方式，根据其不同划分标准，分别属于刑事纠纷解决方式、协商性纠纷解决方式、调解，等等。因此刑事和解天然地具有纠纷解决功能。

遑论刑事和解是纠纷解决方式的一种，整个刑事司法制度在某种意义上就是刑事纠纷的解决机制。当然，在传统的刑事诉讼观念中，犯罪是犯罪人对国家利益的侵犯，因而刑事诉讼就是国家与犯罪分子之间的刑事纠纷的解决过程，在这一点上与刑事和解的理念完全不同，刑事和解制度蕴含的理念为犯罪是加害人对被害人所造成的侵害，所以刑事和解是解决加害人与被害人之间的刑事纠纷的。因此，尽管刑事和解蕴含的理念与传统刑事司法的理念有很大的不同，但在纠纷解决的作用和功能上是一致的，刑事和解作为整个刑事司法制度的一部分，其纠纷解决功能是毋庸置疑的。

另外，如果从字面意义上看，和解在《辞海》中解释为两种含义：一种为“宽和”；一种为“平息纠纷，重归于好”。和解的字面意思为“用平和的方式来化解矛盾或纷争”[1]。由此看出，仅和解的字面解释就向人们明明白白地昭示了刑事和解的纠纷解决功能。

单从中国的刑事和解实践来看，刑事和解的纠纷解决功能

---

〔1〕 葛琳：《刑事和解研究》，中国人民公安大学出版社2008年版，第14页。该书作者对和解、刑事和解的字面解释做得相当详尽。

亦相当突出。中国刑事司法领域中的刑事和解尝试刚刚开始，远远没有形成一种统一规范的制度，其适用范围、适用条件、适用程序等尚不统一，还停留在地方性的制度尝试阶段。很多地方的实践从青少年犯罪案件、交通肇事、轻伤害案件等范围入手，也有地方从亲属、熟人、家庭犯罪案件入手，尝试在刑事案件中适用和解，取得了一些令人瞩目的效果。[1] 其中，熟人之间、家庭内部以及社区内部犯罪案件的刑事和解实践颇有成效。由于熟人、家庭、社区内部的人们之间处于一种长期的、互动的社会关系中，犯罪往往不是一个孤立的事件，而是长期的矛盾、纠纷在某一点上升级的结果。在这种情况下，刑事纠纷不单单是案件，而更多的是属于一个社会问题，[2] 但传统的刑事司法更多地关注加害人的罪过以及社会危害性，而对于加害人与被害人之间长期存在的矛盾和问题关注较少。在这一方

---

〔1〕 无锡法院尝试刑事和解，据调查，适用刑事和解的案件服判率较高，除一人提出上诉外，其他被告人均表示服判。具体案例如："今年初，江苏省无锡市锡山区人民法院对第130起刑事和解案件作出判决，被告人王鑫犯交通肇事罪，因有自首情节和悔罪表现，被判处拘役4个月。之前，被告人在刑事附带民事调解中，当场赔偿被害人42 000元，王鑫还表示，愿意认被害人父母为自己的'父母'并敬孝终身。真诚的忏悔感动了被害人家属，从此，两个风雨飘摇的家庭由仇人变成了'亲戚'。""恢复性司法的尝试——无锡两级法院开展刑事和解工作调查"，载《人民法院报》2008年4月1日；"刑事和解圆满解决公媳纠纷"，载云南日报网，http://www.yndaily.com，访问日期：2007年9月5日；"刑事和解让他得以进高校而没进'高墙'"，载江城晚报网，访问日期：2008年2月20日；"丈夫违规超车致妻子死亡　刑事和解后免予起诉"，载湖南凤凰古城旅游网，http://www.hnfhgc.com/.

〔2〕 美国学者萨利·安格尔·梅丽（Sally Engle Merry）教授将案件划分为问题和案件，认为很多当事人诉诸司法的很多案件实际上是属于问题，而不是真正意义上的法律案件。而很多犯罪案件就是当事人之间长期存在的问题的升级，单单对加害人处以刑事处罚并不能解决背后的、长期存在的问题。参见［美］萨利·安格尔·梅丽：《诉讼的话语——生活在美国社会底层人的法律意识》，郭星华、王晓蓓、王平译，北京大学出版社2007年版。

面，刑事和解具有天然的优势，因为它介入刑事案件的出发点就在于当事人之间被破坏的社会关系和社会秩序，并由加害人与被害人双方协商相互达成谅解。与冷冰冰的刑事判决书相比较而言，刑事和解显得更人性化，更有利于社会问题的解决。而在近年来各国和中国的刑事和解实践中，确实有些成功的事例。[1] 总之，在纠纷解决这一方面，刑事和解与传统刑事司法比较而言，确实有着一定的优势。

（二）补偿功能

刑事和解作为一项现代司法制度的一部分在世界各国兴起之后，尽管各国的实践都具有不同的特点，归属于不同的模式，但共同被冠以“刑事和解”这一相同的名称。那是因为它们具有共同的特征，或者相似的目的和功能。根据陈瑞华教授的归纳，各国的刑事和解制度具有以下共同特征：一是加害方自愿认罪、赔礼道歉并向被害方作出经济赔偿；二是被害方对加害方的经济赔偿数额表示满意，对其犯罪行为给予了谅解；三是公检法机关确认加害人的行为不具有较大的社会危害性，因此对其作出终止刑事诉讼或者减轻刑事责任的决定。[2] 其中，加害方认罪道歉、赔偿损失意味着刑事和解明显具有补偿的功能，其属于一项重要的社会功能。

首先，“加害方自愿认罪、赔礼道歉并向被害方作出经济赔偿”在传统的刑事诉讼程序中是难以想象的，加害人向被害人作出经济赔偿在传统的刑事诉讼程序中虽然也以刑事附带民事

---

〔1〕“舅子姐夫‘刑事和解’免起诉”，载《浏阳日报》2006年12月26日；“秀山检察院刑事和解促稳定”，载秀山华龙网，访问日期：2007年10月17日。

〔2〕参见陈瑞华：“刑事诉讼的私力合作模式——刑事和解在中国的兴起”，载《中国法学》2006年第5期。

诉讼程序加以主张，但实践中往往难以实现，而在刑事和解程序中这成为影响刑事判决的重要因素，所以往往具有可操作性。其所发挥的重要功能即是对被害人的补偿。

其次，加害人向被害人赔礼道歉在心理学上具有重要意义，既可以使被害人在心理上得到安慰，也可以视为对被害人的心理补偿。在这一点上，一些西方国家的刑事和解实践具有典型意义。例如，美国和加拿大的加害人和被害人和解计划，很好地实践了让被害人获得心理安慰、补偿的作用。

> 从北美到欧洲，在数目不断增加的社会共同体中，刑事被害人越来越多地在受过培训的调解人在场的情况下与他们的加害者面对面地接触。被害人有机会告诉加害者犯罪如何影响了他们，他们能够得到萦绕不去的问题的答案，比如："为什么是我?""你一直在跟踪我吗?"那些犯了罪的人也能够讲他们的故事，对他们的品格有更人性的描画，承认自己的行为过错并改过自新。双方在一起有机会谈判出一个彼此都能接受的对被害人的补偿方案。[1]

最后，刑事和解可促进加害人亲属代为赔偿的积极性。由于刑事和解制度为加害人提供了认罪赔偿，并被原谅和轻判的可能性，所以在加害人没有能力赔偿被害人的经济损失的情况下，其亲属也会积极地代为赔偿。这方面广东东莞的经验堪称典型。东莞中院早在2006年即做过一项《关于刑事附带民事案件执行情况的调研报告》。报告显示，2003年刑事附带民事案件

---

〔1〕［美］博西格诺等：《法律之门》，邓子滨译，华夏出版社2002年版，第658页。

23件，申请执行总标的254.7万元，实际执行数额3.53万元，执行率为1.4%；2004年案件数61件，总标的额603.7万元，实际执行数额为0；2005年案件数66件，总标的额832.9万元，实际执行数额24.7万元。其中可看出刑事附带民事案件逐年增加，而判决的执行却始终在低位徘徊。报告认为造成这一结果的原因有两个。从客观方面说，是因为被执行人的履行能力差。中院执行的附带民事案件绝大多数都与可能判处“死刑或者无期徒刑”的刑事案件相关联。这导致被判处死刑或者无期徒刑的被执行人没有财产履行，而其家属又不愿意代为赔偿。从主观方面说，被执行人缺乏履行民事义务的积极性。“他们认为自己的行为已经受到刑事处罚的报应，对被害人的愧疚感和负罪感因遭受刑事处罚减轻甚至消失。”〔1〕上述情况与东莞的特殊社会条件分不开：东莞因为产业结构的特点，从全国各地吸收了大量的劳务工。大比例的非户籍人口犯罪，也是东莞刑事案件的一大特点。根据东莞中院提供的另外一份调研报告，从2004年到2006年6月，流动闲散人员犯罪占到了80%以上。这个情况决定了大部分加害人的经济条件不好，即使有赔偿的条件也很难查到当事人的经济情况，导致刑事案件的赔偿率更为低迷。针对这些严峻的形势，2006年，东莞中院决定在刑事判决中加大调解力度，并采取一些独特的措施适用刑事和解。〔2〕这些措施和方法确实取得了一些成效，极大地促进了亲属代为赔偿等行为，也充分地发挥了刑事和解的补偿功能。

---

〔1〕参见陈善哲：“东莞中院：从‘赔钱减刑’到‘刑事和解’——国家采取‘少杀、慎杀’刑事政策后，‘刑事和解’是回归司法的专业立场”，载《21世纪经济报道》2007年2月7日，第005版。

〔2〕参见景田：“东莞法院：我们为什么探索‘刑事和解’”，载《民主与法制时报》2007年7月9日，第A07版。

（三）恢复功能

如果说，刑事和解的补偿功能实现的是补偿正义，那么其恢复功能与刑事和解的恢复正义理念密切相关。一方面，通过加害人向被害人认罪悔过、赔礼道歉，不仅可以恢复二者之间因为犯罪行为而受到损坏的社会关系，并有利于加害人悔过自新从而早日复归社会，这些都意味着刑事和解具有恢复社会关系和社会秩序的功能；另一方面，正如上文所述，刑事和解比传统刑事司法更有可能认识到有些刑事案件背后隐藏着的“问题”，而不单单将其视为孤立的案件，所以刑事和解对其背后的“问题”的关注，能够使其更好地发挥纠纷解决功能，一旦长期的“问题”和矛盾得到缓和或解决，当事人之间的长期社会关系和社区秩序自然获得恢复。这与当前的主流意识形态“构建和谐社会”相契合，即所谓“有利于恢复社会的和谐关系，有利于构建和谐社会”。

在广义上，刑事和解的恢复功能包括了补偿功能，因为对被害人的物质补偿和心理上的补偿都有利于恢复当事人之间被破坏的关系和被破坏的社会秩序。因此，补偿功能和恢复功能可以被视为不同层次的递进关系，分开探讨是为了更清楚地探讨二者的关系，并强调补偿功能的独立意义。[1] 如果说纠纷解决功能是刑事和解的本源性和历史性的基本功能，那么，补偿和恢复功能则既有历史和文化渊源，又更多地显示出当代法治发展与时俱进的进步。

---

〔1〕 刑事和解的制度化意味着补偿性私力救济的制度化，而在人类的社会生活历史中，复仇制度能够演化为一种制度，而补偿性私力救济至今没能够成为一种普适性制度，有它深厚的社会经济根源，而不仅仅来源于其生物性根源。

（四）司法改革及资源重组功能

在当代世界，刑事和解制度均已成为各国刑事司法改革的重要目标，因为它有利于改革和弥补传统刑事审判方式的弊端。传统刑事司法强调统一于严格性、确定性，不仅对抗性强、效率相对低下，亦无法兼容多元价值和功能。如基于传统的报应性理念，犯罪发生后，国家首先出于维护社会秩序和法律权威的目的对犯罪者进行追诉和惩罚，对于被害人而言，除了满足其报复意愿外，对他们的心理安慰和物质补偿则可能会被忽略。刑事和解制度的出现，正好可以弥补传统刑事司法的这一缺陷，最大限度地满足被害人的利益和愿望，并可以多种方式实现加害人的悔过、赎罪和社会回归。同时，刑事和解也有利于缓解国家对于受害人补偿的资源和制度困境、司法能力的局限和程序的对抗性及其他风险（如执行难），在一定程度上可提高司法的效率和公正，优化和节约司法资源。从社会发展趋势而言，刑事和解也符合轻刑化、区别处理和社会文明、宽容等道德需求。在这个意义上，刑事和解的发展本身是司法适应社会需求的一种回应性改革，“不断增加的研究正在质疑报应性司法范式的某些主要假定。这些研究将表明，一般公众，特别是犯罪被害人，远不像人们想象的那么具有报复性。”[1] 实际上，人类社会自古就存在刑事和解的需求，如何协调这种需求与基本的社会正义和公正审判之间的关系与限度，实际上是现代国家和法治发展中刑事司法改革的永恒课题。

（五）出罪功能

成功运作的刑事和解，在个案中能够产生的一项法律效果

---

〔1〕［美］博西格诺等：《法律之门》，邓子滨译，华夏出版社2002年版，第658～661页。

即出罪。这大量可见于轻伤害案件中，尤其在介于罪与非罪之间的轻伤害案件中，如果加害人认真悔罪道歉，积极弥补给受害人造成的损失，从而得到受害人谅解的，视情况可作出撤案、不起诉或者不追究刑事责任等处理决定。这在提倡“宽严相济”、“轻刑化”的现代得到了合理性，这便是刑事和解制度的出罪功能。

（六）量刑方面的功能

在轻罪案件中，甚至在重罪案件中，刑事和解的达成与否都可能直接或间接地影响到对被告人的量刑。在没有明确提出刑事和解的传统刑事司法中，实际上被告人是否赔偿被害人作为认罪态度的表现考虑在量刑范畴中，而如今各地尝试的制度实践更是将是否赔偿、是否达成和解作为明确的量刑考量因素。

首先，有的案件在审查起诉阶段，当事人达成了刑事和解，但由于不至于不起诉，就由检察院向法院提起公诉时附量刑建议。

其次，在审判阶段，刑事和解的是否达成，赔偿是否已经履行，直接影响法院在量刑幅度内对被告的从轻或者减轻。

六、小结

与国家推行一项制度或实践时表现出的理性、计划性、整体性等特征不同的是，制度中的每一个行动者，都在自身的利益及现实框架下采取行动，并表现出局部性、无意识性、个别化等特征，但恰恰是他们这种最真实的行动与生存的逻辑无意识地推动着制度的变迁和发展。正所谓本章开篇便提出的，真正的制度创造者实际上是社会上的各个利益主体和行动者，历史就在各个主体的行动中推进。比如司法机关和司法官员为了做到真正的解决问题而采取各种策略，加害人为了通过表达自

己的忏悔而获得轻判而采取各种行动策略，被害人为了获得自己利益的最大化而采取行动，甚至学者在学术利益与社会责任感的夹缝中采取的各种行动和呼吁，民众在获得安全感和道德感宣泄的夹缝中采取的话语与行动，等等。

那么，这几个行动者逻辑之间的关系又是什么样的呢？它们在刑事和解的制度化进程中各自扮演着什么样的角色呢？通过上文的观察和分析，我们可以发现，首先，作为行动者之一的司法机关不但在宏观上成为刑事和解在我国制度化的一个重要推动力量，而在微观上，即在刑事和解的具体个案中，其以国家法律的权威和强制力量作为后盾，从程序上决定着刑事和解程序的启动、进行，以及和解后的处理结果等；其次，当事人也是刑事和解的重要主体之一，他们的行动是刑事和解制度产生和发展中最基本的元素，宏观上也构成了刑事和解制度的社会需求。尽管刑事和解程序的启动及和解成功后的处理结果等都取决于司法机关的行动和态度，但司法人员的行动和态度一定程度上也是根据当事人的态度和行动来作出的选择。如果说，司法机关决定着刑事和解程序的启动和运作方式、以及和解成功后的处理方式，那么当事人的博弈和实践便决定着案件的发展方向，即包括是否选择和解、采取什么样的策略和行动进行和解，等等。当然，他们都在宏观的刑事和解制度化进程中，无意识地成为最重要的推动力量。司法机关和当事人在每一个具体个案的微观互动，以及积少成多的过程中，促成了宏观上的制度变迁；最后，在这一系列的事件和宏观进程中，民众以及学者也以自身的方式参与其中，成为刑事和解制度化的重要推动因素和催化剂。

然而殊不知，在这一切的另一面，却隐藏着国家治理逻辑的阴影甚至某种暗合，其与国家权力与惩罚方式、治理技术有

着密切的关联。因为，制度的形成和变迁是一个复杂而多线索互动交织而成的过程，社会主体的行动逻辑固然不能够包含制度变迁的所有秘密。

第五章

刑事和解制度化实践中的国家逻辑

我要说，在关于个人与国家关系的这种分析中，个人仅仅在他能为国力做贡献的范围内成为与国家相干的附属物。但以此观点看，有一种我们称之为政治边缘主义的东西，因为我们这里触及的问题仅仅是政府的实用性。从国家的视角看，仅仅在个人之所为能够引起国力的正向或负向变化——即便是最微小的变化——的范畴内，个人的存在才有意义；仅仅是在个人能够引起这一变化的程度上，国家才与个人打交道。有时候，他不得不做的事情是为了国家去生活、工作、生产、消费；有时候，他不得不做的事情是为国家去死。[1]

——［法］米歇尔·福柯

在刑事和解的各种实践以及制度化现象的背后，必定蕴含着某种国家治理逻辑，因为任何关于权力的让渡与收复都掌握在国家的无形之手中。在刑事和解的制度化实践中，虽然可以看到各个行动者出于各自的利益和动机参与进来，并对刑事和

〔1〕［美］博西格诺等：《法律之门》，邓子滨译，华夏出版社2002年版，第272页。

解的制度化产生重要的推动作用，但归根结底离不开国家的掌控，并依赖于国家的惩罚权力。其原因在于，在整个国家刑事司法体系中，惩罚是一个贯穿始终的主题，它是实现国家治理的重要途径，换言之，国家治理要通过特有的惩罚方式和技术来实现。而在刑事和解实践中，虽然在形式上舍弃了惩罚主题而彰显补偿与恢复理念，但实际上，刑事和解的运作归根到底依赖于惩罚权力。所以，一方面，刑事和解的出现确实引起了人们对犯罪和刑事司法等传统观念的反思，并在一定程度上表明了国家的治理模式和策略、国家与社会的关系等发生了某种微妙的变化；但在另一方面，并没有在根本上颠覆传统刑事司法理念，而充其量是对其在一定程度上的修正和补充，使得国家惩罚的技术变得更为温和，从而也更加有效，简言之，刑罚与刑罚权的根基——国家权力并没有产生动摇。

一、刑事纠纷处理样式与刑事和解

（一）刑事纠纷处理样式：理想类型

根据布莱克的理论，社会控制分为这几种样式：一为惩罚，二为赔偿，三为恢复和谐。他认为案件的社会结构决定了采用赔偿性样式还是惩罚性样式，当事人的社会地位、当事人之间的社会距离，以及组织性等都与选择哪种样式相关，例如“赔偿是关系距离的曲线函数”，“向上的案件比向下的案件更具赔偿性”，“针对群体的案件比针对个人的案件更具赔偿性”。[1]涂尔干（Durkheim）则从社会的相互依赖程度来观察社会控制的样式问题，认为随着社会劳动分工的深化，相互依赖程度日

〔1〕 参见［美］唐纳德·布莱克：《正义的纯粹社会学》，徐昕、田璐译，浙江人民出版社2009年版，第3章。

渐提高，从而赔偿性样式日渐突出并替代了刑罚性样式。[1] 波斯纳的见解似乎与涂尔干的观点有些殊途同归，涂尔干将赔偿性样式的选择归因于劳动分工，波斯纳的归因则在于剩余财产，认为赔偿性样式只出现于有一定剩余财产的社会，所以现代社会必定比古代社会出现更多的赔偿。[2] 对于部分现象，这些理论都能够提供某种解释框架，但问题在于，在这些观点和模型之外，我们总是能够找到许多的反证和例外，例如，剩余产品的确是赔偿的基础，但它并不与剩余产品的多寡成正比。我们在遥远的古代社会和如今的部落社会中仍然能够找到赔偿性样式的影子，而在现代仍然有复仇的现象。

如果采取布莱克关于社会控制样式的三种分类，也只能够作为理想类型来为观察和研究所用，因为在实践中，纠纷解决的过程往往是一种或几种样式的混合。比如，在赔偿性样式中（见下表），少数民族的赔命金习俗以及伤害赔偿规则中，往往包含着一定的惩罚；而在惩罚性样式中，还包含着一定的赔偿性样式；恢复性样式更是结合了两种甚至三种样式，如西方恢复性司法与刑事和解实践中，往往采取社区调解、赔礼道歉等旨在恢复社会关系的方法，以及赔偿被害人物质和精神方面的损失等赔偿性样式，如果和解不成功，仍然可以对加害人采取刑罚处罚等惩罚性样式。

---

〔1〕 参见［法］米尔·涂尔干：《社会分工论》，渠东译，生活·读书·新知三联书店2000年版，第2章。

〔2〕 参见［美］波斯纳：《法律与文学》，李国庆译，中国政法大学出版社2002年版，第2章。

刑事纠纷处理样式的理想类型

赔偿性样式	以赔偿为主	赔命金习俗、刑事附带民事诉讼制度
惩罚性样式	以惩罚（报复）为主	复仇、刑罚
恢复性样式	以恢复社会关系为主	恢复性司法、刑事和解

（二）传统刑事司法与惩罚性样式

犯罪与刑罚是相对应的，如果出现犯罪，就应当施以相应的惩罚。在没有国家和法律的社会中，惩罚由受侵害者本人、亲属或其所在的团体来进行，这即所谓的复仇、私力救济；产生了国家和法律之后，对犯罪的惩罚由国家来进行，所以一直就有这样的说法，即国家垄断了惩罚的权力。[1] 所以，我们可以清楚地看到，惩罚作为贯穿社会控制、国家权力、刑事司法的主题，可以作为我们探究刑事和解制度的一个重要视角。

惩罚这一事实背后有着非凡的现当代社会学辽阔背景。由涂尔干以降，到马克思主义法学，直至福柯，西方社会学的一个深厚传统是将惩罚（包括国家和非国家社会集团实施的惩罚）作为超越犯罪学范围的社会事实来研究。而且从涂尔干、福柯以及最近的福柯追随者们的研究看得出来，惩罚凝聚着整个社会关系和文化网络；惩罚是“总体社会事实”。换一句业内人士爱用的话来说：惩戒是一个具有所谓“连根拔出”意义的问题。[2]

惩罚也是社会控制的一项重要内容，那么在社会控制的意

〔1〕 当然在此夹缝中，复仇和私力救济等现象并没有真正被消灭，但毕竟是非正式的，暂且忽略不计。

〔2〕 朱晓阳：《罪过与惩罚》，天津古籍出版社 2003 年版，第 5 页。

义上，与惩罚相对应的概念即是越轨。越轨的概念相对广泛，一般情况下指违背社会规范或国家法律的行为，包括一般的不轨行为，以及触犯国家法律规范的犯罪。所以对越轨的行为施以一定的惩罚，轻则“谩骂”、“流言”，重则施以国家的刑罚等。从此惩罚也分野为狭义和广义两种。狭义的惩罚对应于犯罪，二者构成刑事法律的核心内容，即犯罪与刑罚。而犯罪既是一个法律的概念，也是一个社会概念；广义上的惩罚即对应于越轨或者侵犯，乃至轻微的冒犯，对应于上述行为的惩罚在社会生活中广泛存在。

社会控制即由广义上的“罪过与惩罚”构成。在民间社会的视野中，具有“私人之间的监控与惩罚”、社区和第三人对个人的惩罚等，而在国家的视野中，便是国家对犯罪个体实施的惩罚。而和解性的社会控制，则是在“惩罚”这一机制的背景下进行的。比如，在民间社会场域中，甲把乙打伤了，于是双方便就赔偿事项达成了和解，可以说这个过程是在“报复”、“惩罚”的阴影中进行的，如果和解达不成，冲突很可能会升级，乙会对甲实施报复。与此类似，在司法场域中，刑事和解的达成更是在国家惩罚权力的阴影下进行的，国家的惩罚以一种确定、必然的面目出现。

刑事和解是司法场域中的活动，在以国家的惩罚权力作为强有力的后盾这一点上与民间的私力救济具有很大的不同和功能上的优势，当然也有天然的缺陷。所以，刑事和解产生在以犯罪与刑罚为主线的刑事司法制度中，其产生、运行并制度化的事实，也许就蕴含在这个超越犯罪学视野的惩罚视角中。

第三章的分析表明，复仇制度的巅峰便是复仇的衰落与国家产生的开始。于是民间场域中的一些逻辑和规则一部分被国家理性选择性地吸收并赋予了新的内容和权力色彩。从此，民

间的个体与事件被切割为双重、甚至多重的角色与身份。例如，个人在民间社会生活场域中被称为张三、李四，而在国家的法律规定里被称为自然人、公民，而在司法场域中会被称为原告或被告、犯罪嫌疑人、被害人，等等。

如上文所述，无论社会如何变迁，无论是否存在国家与刑事司法制度，“惩罚”作为一个超越犯罪学与刑罚学的主题，已经成为一个整体性的社会事实，它见证了前国家时期的人类如何保护自己、如何解决冲突与矛盾、如何维持日常生活秩序，以及国家产生后如何吸纳并改造了原本在民间社会中演绎的惩罚逻辑，从而成为国家权力的惩罚逻辑。尽管社会控制除了惩罚性样式，还可能有赔偿性样式、恢复性样式的存在，但惩罚的基础性和前提性地位确实未曾改变过。可是，刑事和解制度的诞生和相关话语的实践似乎给这一状况带来了例外和背反。于是，问题便成为在国家刑事司法体系（关于惩罚的体系）与刑事和解制度（关于补偿和恢复）如何调和的困境。但是，我们很快便会发现，事实并没有我们想象得那样严重，因为它的发生如此自然。

（三）恢复性样式与刑事和解制度

理想中的刑事和解制度，笼统地说应该属于恢复性样式，辅之以赔偿性样式，并以惩罚性样式为权力支撑。

实际上，在我们上述所有关于刑事和解的描述中，都将实际运作和实践的刑事和解制度作为描述的对象，但从来没有探究过理想中的刑事和解制度到底是什么样的。原因在于，一是中国现阶段的刑事和解只是各个司法机关在刑事司法实践中探索适用，客观上呈现出一定的制度化趋势，但并没有正式制度化；二是因为中国现阶段的刑事和解实践在各个地方运行，无论从范围、条件、程序、模式，甚至理念等方面来说都极不统

一，有的直接仿照西方的恢复性司法和刑事和解的模式来探索实践，有的在中国本土经验的基础上，对和解的范围和力度进行一定的扩大和加强，而且最后得到的实际效果和评价都各不相同；三是因为本书的研究力图涵盖所有地区和所有模式的刑事和解制度实践，并采取了法社会学的实证研究模式，所以注重的是实际表现的刑事和解制度的探索、实践和实际表现出来的话语实践，而对理想中的刑事和解制度和理念层面没有进行更深入的观察。而研究至此，将刑事和解的理想模式和理念与社会控制和纠纷解决的几种样式进行勾连，由于前者属于理想类型，所以对刑事和解制度的理想勾勒似乎变得很必要。但是本书出于经验研究的实证色彩，刑事和解的理想类型也是基于对实践中表现出来的各种理想和理念进行概括和总结。

理想的刑事和解制度应包括下列要素：①以恢复社会关系，恢复社区与社会的和谐关系为目的；②被害人能够得到物质上的赔偿，精神上的抚慰；③程序方面，给加害人和被害人提供一个面对面交流的平台，通过加害人的道歉和悔过，双方达成谅解；④将社区和人民调解引入刑事和解，通过其主持调解，促成双方达成刑事和解；⑤在法律效果方面，若达成刑事和解，可以不追究加害人的刑事责任，或者在法定的量刑基准上进行从轻、减轻或者免除刑事处罚。

总的来说，在这些刑事和解实践中贯彻的理念虽因地区、机构的不同而不同，但也可以概括为以恢复性样式为主，辅以赔偿性样式和惩罚性样式。但是，通过前面对中国现阶段的刑事和解实践进行观察，就可知道，其实践还停留在赔偿性样式上，恢复性样式的运作并不突出。具体表现为①很多地方和很多具体案件中的当事人主要注重的是刑事责任的追究与否和赔偿与否、赔偿多少的问题。因此现阶段刑事和解呈赔偿性样式

为主而恢复性样式为辅的倾向；②由于实践与话语的严重脱节，在有些情况下，和谐话语很容易掩盖具体案件中各方利益主体为自己的利益最大化而进行的一些行动，所以有些评价很难进行；③由现实的成本和其他条件等所限，社区和人民调解委员会，以及其他社会力量参与到刑事和解中来仍然是少数，大多刑事和解都采取自行和解模式和司法调解模式。

我们还应该注意到，无论是古代的残酷刑罚，还是后来越来越文明的刑罚制度，主要采用的都是惩罚性样式。刑事和解制度的产生终于让人们注意到，原来除了对身体和自由的限制之外，还会有其他方式的惩罚（广义上的）方式，或者说当犯罪发生之后，居然会有不同于传统的处理方式的新样式，而实践也证明，这种方式能够取得意想不到的效果，当然也不排除部分人的不适和质疑。然而，在一片惊喜声或者质疑声的背后，我们也不应当忘记，这种新型的犯罪处理方式依然依托于传统的惩罚性样式之上。在个案中，惩罚性样式无论是否现身，依然作为刑事和解程序运行背后的强大支撑。那么，这是否意味着刑事和解制度的确立只是改变了传统刑事司法的某种方式或者理念，而不是彻底改变？惩罚、惩罚性样式是国家刑事司法的永久性主题？

二、刑事司法制度中的国家治理逻辑与刑事和解

（一）私力救济、公力救济与刑事和解

对于私力救济，按照救济的主体和方式，一种主张是分为私力救济、社会救济和公力救济三种，也有另外一种主张为直接分为私力救济和公力救济两种。如何划分取决于对这几个概念如何界定。徐昕教授的界定为："当事人认定权利遭受侵害，在没有第三方以中立名义介入纠纷解决的情形下，不通过国家

机关和法定程序，而依靠自身或私人力量，解决纠纷，实现权利。”[1] 如果采用这一界定，必然涉及三元划分。而范愉教授的界定为：“通过私人之间、共同体内部和其他非制度化民间力量实现个人权利、解决权益纷争的非正式机制。”[2] 相比之下，范愉教授的界定更宽泛、全面，本书将使用这一界定。所以如果采用这一界定，只涉及私力救济与公力救济的二元划分。

种种迹象表明，古老的复仇制度与刑事司法制度有着某种亲缘关系，对于这种亲缘关系，我们可以说刑事司法制度吸收了复仇制度的惩罚逻辑，并通过国家理性的种种改造，造就了国家的刑事司法制度和国家权力的惩罚逻辑。但是我们通过上一部分的分析，了解到前国家时代除了那种基础性的复仇制度等惩罚性（报复性）私力救济，还存在着支付赔偿金等和解性（赔偿性）私力救济，而且相当普遍。而在刑事附带民事诉讼制度中我们可以看到这种赔偿逻辑的影子，只是进入国家的司法场域后，这种赔偿性样式失去了原有的协商、和解的因素，更是失去了替代或减轻惩罚的功能。

国家吸收了民间的报复、惩罚等逻辑，这就是我们现在看到的刑事司法体系，在此语境中，民间的私力救济已经变得不合法，至少在话语层面上失去了合法的地位。私力救济被禁止了。国家吸收了民间的报应逻辑，对犯罪者一定要做出惩罚，这就是刑罚制度的来源。我们既可以说刑事司法制度是民间报复性（惩罚性）私力救济的制度化，也可以说是民间的私力救济向国家法律制度的转化。

---

〔1〕 徐昕：《论私力救济》，中国政法大学出版社2005年版，第102页。

〔2〕 范愉：《纠纷解决的理论与实践》，清华大学出版社2007年版，第281页。

另外，需要说明的一点是，民间社会生活场域中的非正式制度（这里所说的非正式制度，也是以国家的正式制度为参照物的，实际上，制度即制度，常规化的生活、行动方式，无所谓正式不正式，之所以正式，只是由于具有了国家权力的影子而已）的制度化、正式化，并不是其形式被简单地照搬到立法场域或司法场域中去，而是在这个过程中被无数个格式化的语言进行过裁剪、包装，并被赋予了无数个新的意义。

“社会性或社会化纠纷解决（救济）机制既是私力救济的制度化，也是司法社会化的产物。”〔1〕司法纠纷解决机制更是私力救济的正式化、制度化，因此，在司法场域中的任何现象都可以在民间社会生活场域中找到作为私力救济的影子。刑事和解制度兴起之后，有学者指出刑事和解是刑事司法的第三领域，即可以说处于公权力和私权利的边界地带〔2〕，也有学者指出刑事和解是公私领域高度融合的结果〔3〕。具体来说，刑事和解是私力救济的制度化、正式化，尽管在中国，刑事和解还没有在真正的意义上确立起来，却也在一步一步的探索进程中，制度化的趋势显而易见。

（二）国家对不同类型的私力救济的态度

在国家法律的语境下，私力救济原则上是被禁止的。但实际上，私力救济如何如何，实际上指的只是私力救济的某种类型。如在国家是否真的禁止私力救济的问题上，就因每个人对

〔1〕范愉：《纠纷解决的理论与实践》，清华大学出版社 2007 年版，第 280 页。

〔2〕例如，史立梅：“刑事和解：刑事纠纷解决的第三领域”，载《政法论坛》2007 年第 6 期。

〔3〕陈瑞华：“刑事诉讼的私力合作模式——刑事和解在中国的兴起”，载《中国法学》2006 年第 5 期。

私力救济的理解不同或者在笼统地使用这一概念而导致了很多不必要的误解。例如：

> 因私力救济，易生流弊，弱者无从实行，强者每易仗势欺人，影响社会秩序。故国家愈进步，私力救济的范围愈易缩小。至于现代法律遂以禁止私力救济为原则，私力救济往往在民法上构成侵权行为，在刑事上成为犯罪行为。[1]
>
> 人类社会的法律和规范由古至今以否定复仇、报应和私力救济为主题，不断由私刑走向法制，即“法律之进化在于私力之公权化”。[2]

实际上，对于赔偿性（和解性）私力救济，可以通过协商、和解的方法进行，以达成关于赔偿或补偿的合意；而对于报复性私力救济，法律会直接按照法律的规定处理为侵权、犯罪或其他。当然，正当防卫和紧急避险除外。所以，观察和分析某一问题时，不能一概而论。徐昕通过研究分析民间收债案，认为国家是默认私力救济的。这一看法固然没错，但对其进一步限定一下会更为准确，即国家不反对通过非报复性私力救济的手段维护和实现自己的利益。如果再仔细思考一下就会发现，徐昕的研究结论与我们的经验感受是一致的。法律一般不会介入通过私力救济维护自己利益的行动过程中（除非其行为超出法律容忍的限度，由一方当事人诉诸了法律手段），但报复性私力救济却是国家法律所禁止的，在这个意义上，国家的态度确实是禁止私力救济的。当然，再加上一个限定会更准确：国家

---

〔1〕 梁慧星：《民法总论》，法律出版社1996年版，第252页。

〔2〕 徐昕：《论私力救济》，中国政法大学出版社2005年版，第5页。

禁止报复性私力救济，并且已经通过刑法制度实现了这一点。也许可以说，现代社会中私力救济确实大量存在，但它的范围显然已大大缩小，甚至我们常用的私力救济概念，本身已蕴含了“不超出法律范围，或者刑法的限度”等意思。所以，离开了这一语境，就会带来诸多不必要的误解。徐昕在书中列出许多学者对私力救济的评价，认为他们都认为国家禁止私力救济，甚至很多人认为私力救济是落后、野蛮、不文明的制度，等等。全书用精彩的分析证实了这一观念。实际上，也许每一个人对私力救济的理解几乎都不太一样，也许每个人都按照自己的理解和自己看到的私力救济的某个例子就随意地评论私力救济如何如何，所以，如果按照自己对私力救济的全面理解和视角所作出的评论也未必妥当。由于语境不同、范围不同，很有可能大家使用的是同一句话，却各有所指。

那么国家对于赔偿性（和解性）私力救济，持有什么样的态度呢？法社会学的很多研究表明，有的情形下，国家的态度是比较暧昧的，可以说是睁一只眼闭一只眼的，还有的情形下，对于私力救济，甚至对于超出刑事法律限度的私力救济，国家亦同样是屡禁不止的。徐昕通过研究民间收债的现象发现，国家对此的态度出于种种政治的、社会的、经济的考虑，至少是睁一只眼闭一只眼的。[1] 费孝通和苏力曾经列举过两例相似的案例，都是民间的强奸案“私了”的事件。[2] 这两个案例中的做法都明显地超出刑事法律的限度，但由于当事人规避法律，司法机关一般情况下不会发现，即使发现了，也会出于自身的

---

〔1〕 参见徐昕：《论私力救济》，中国政法大学出版社2005年版。

〔2〕 参见费孝通：《乡土中国　生育制度》，北京大学出版社1998年版；苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版。

考虑而不去理会。其实，这些现象都可以归入赔偿性（和解性）私力救济的范畴，尽管民间收债的情形有时候带有暴力威胁的意味，至少也算作和平的方式。

上文已表明，在传统刑事司法中，类似刑事和解的实践广泛存在，虽然在理念、方式以及话语实践方面与现在的制度性实践具有很大差距，但毕竟是作为司法惯习或者潜规则的形式广泛存在的，在某种意义上，它是民间私力救济在司法场域中的延伸。对此，国家的态度仍然可以说是睁一只眼闭一只眼，这种态度首先因为在正式制度的层面具有操作空间，比如量刑裁量、起诉裁量等，另外即这种司法官员对法律的灵活运用总是会带来真正的案结事了等社会效果。

我们可以看到，制度的好处在于可以避免恣意，就像国家和法律的产生在某种意义上是复仇制度演进的结果一样，刑事司法制度的产生避免了私人之间的复仇，在一定意义上更有效地满足了人类报复的需求，但人类的需求必定是多样化的，比如，人类不但有报复的需求，也同样有受到补偿获得安慰的愿望。但是为什么古代的复仇如此突出呢，仿佛人们受到伤害之后，只能选择报复或者放弃。其实这里除了有复仇故事富有文学价值而得以流传至今的可能性比较大外，还有一种可能性就是，古代社会没有剩余产品，后来即使产生了剩余产品，但始终没有富裕到可以满足人所受到的伤害之后的补偿需求的程度。[1] 所以即使存在这样的需求，实践中也不排除类似情况，也不可能发展到像复仇制度那样普遍、精致的制度。

制度只能满足社会性的需求，其中少数人的需求总是会有

---

〔1〕 当然也有例外，如著名的藏族“赔命金”习俗，其他少数民族的社会法律史中也出现过类似的习俗或法律规定。

意无意地被忽略的，刑事司法制度满足了人们的报复需求，却忽略了其获得补偿的愿望。或者可以说，刑事司法的惩罚专有权剥夺了个体的选择权利。所以，在个案中，受到补偿的愿望大于报复愿望的受害者希望自己的损失得到赔偿，伤害得到补偿，如果报复和得到补偿二选其一的话宁愿放弃对加害者的惩罚。如果法律的框架内这是不允许的话，只能采取规避法律的方式寻求最佳的利益，这是出于人们的现实利益，也有一定的可行性，所以这种现象在人类社会中一直存在，只是碍于国家法律而一直处于地下状态。而刑事和解制度的兴起，使得这一需求在司法场域中也具有了实现的可能性。也即刑事和解制度是一种更注重社会功能，更注重当事人意愿的一种机制，它在一定范围内可以满足当事人的不同需求，客观上具有解决纠纷、恢复社会关系，更有效地补偿被害人损失等社会性功能。

（三）刑事和解：国家惩罚体系中出现的惩罚变奏？

然而，作为归属于国家惩罚体系中的制度，刑事和解必定与惩罚有着一定形式的关联。在形式上，刑事和解似乎是消解了惩罚，至少是部分惩罚，[1] 所以有的人会认为刑事和解改变了传统刑事司法的惩罚逻辑。但是果真如此吗？

人类最原始的规则起源于民间。民间社会早在国家产生之前就已存在。民间的各种规则和习惯也早在国家法产生之前就已存在。国家必然挑选一部分民间的逻辑和民间的规则纳入到国家的正式制度中，并与自身的逻辑相结合，或者直接加以改造作为自己的逻辑。刑事司法体系就是国家将民间的一部分纠

---

〔1〕 对于达成刑事和解后没有追究刑事责任的案件来说，固然是刑事和解替代了惩罚。而对于通过刑事和解后依然追究刑事责任作出惩罚，但可以从轻、减轻或免除处罚的情况来说，可以视为通过刑事和解消解了部分惩罚。

纷解决领域纳入到了正式体系中的产物。先是将民间的一部分逻辑纳入正式制度体系中。通常情况下，都是整齐划一的。它选择了民间的报复逻辑，在满足人们的报复愿望的同时，树立自己的权威。而且选择报复逻辑是历史的必然。它的体现就是国家权力的惩罚逻辑。无论从野蛮的司法到文明的司法，国家权力的运行都没有离开过惩罚的权力，无论其表现是否直接，都是以惩罚作为后盾。刑事和解是产生在刑事司法体系中的一项制度。它虽然改变了国家治理刑事案件的单一模式，但它的产生和运行都依赖国家的惩罚权力。刑事和解必然是国家的刑事司法制度的制度实践与话语实践巧妙结合之下的产物。刑事和解制度虽然成功地让惩罚转化为对被害人的补偿和双方当事人的关系恢复，但它依然是在惩罚体系中进行，并且始终要依靠这一原有的惩罚权力。如果说是在制度方面的突破，就可以说是恢复了当事人在赔偿、恢复关系和报复之间的选择权，也可以说是对古老的赔偿性样式与惩罚性样式的选择权方面的回归和创造性转化，因为理想的刑事和解制度应采用一种新型的恢复性样式。

三、刑事和解中的国家治理逻辑

（一）国家治理逻辑的变迁分析：以惩罚为中心视角

惩罚的技术和方式生动体现着国家治理的技术，因此从不同时期的惩罚实践中，可以瞥见国家治理技术的发展。刑事司法制度是国家治理的一项重要工具，它是关于惩罚的一门哲学。尽管刑事和解的启动往往意味着更轻一些的惩罚或者没有了传统监禁刑的惩罚，但毕竟它是惩罚的另一种补充和辅助。

福柯对惩罚历史的梳理表明，人类的惩罚实践遵循着从远古时代的“制造无法忍受的痛苦”的刑罚转向基于“剥夺权利

的经济学”的刑罚，从基于将身体烙印化的惩罚转向了规则施行和制度性规制的惩罚；如果说18世纪之前的欧洲及美国，惩罚是一种展示权力的治理技术，那么改革之后，惩罚逐渐转变为表示障碍的符号，“改革者认为，他们通过这种惩罚符号的技术而赋予惩罚权力一种经济而有效的手段，这种手段可以适用于整个社会，能够把一切行为编成符码，从而控制整个弥散的非法活动领域。”[1] 因此，惩罚的这种从残酷转向温和、从公开转向隐蔽等似乎是所有刑罚制度发展的轨迹。然而，本书若至此结束这一论述的话，会引来众多批评，因为，中国的特殊情况永远会对许多普遍理论提出挑战。国外学者对此有专门研究，如澳大利亚学者迈克尔·R. 达顿（Michael R. Dutton）通过对中国的户籍制度、档案制度进行研究后认为，新中国的刑罚方式虽然取消了基于烙铁在肉体上留下的烙印使其可见，从而作出标记和记录的方式，但通过档案制度仍然在某种意义上对罪犯作了某种标记从而使其变得可见。[2] 所以，在今天这个法治话语的全盛时代，中国新的刑事司法制度，与旧传统仍然存在着某种程度的亲缘性。然而，作为权力技术的一部分，这种惩罚的技术显然日臻精密化，并且应该是国际刑事司法的发展方向。现代的刑事司法制度，以日益完善的确定性、必然性的惩罚话语继续运作着关于罪与罚、犯罪与镇压的实践。“根据完备的时间表进行行为训练、培养习惯和对肉体加以限制，这些暗含着被惩罚者与惩罚者之间的一种特殊关系。这种关系不仅

---

〔1〕［法］米歇尔·福柯：《规训与惩罚》，刘北成、杨远婴译，生活·读书·新知三联书店1999年版，第104页。

〔2〕参见［澳］迈克尔·R. 达顿：《中国的规制与惩罚——从父权本位到人民本位》，郝方昉、崔洁译，清华大学出版社2009年版，第3、4页。

使公开展示变得毫无价值，而且干脆排斥公开展示。”[1]

刑事司法体系在很长一段时间一直基于报应正义理论——本书在前面分析过，国家和法律的产生自有它的发展轨迹，法律制度或国家权力的运行逻辑在事后总会寻找到合适的话语或理论基础捍卫自己的合法性和正当性，这是治理和权力技术的一部分，是明确禁止复仇，即报复性私力救济。后来，在福柯意义上的惩罚经济学的基础上，刑罚预防理论也逐渐兴起并渗透到现代刑法的立法与司法实践中。刑事司法制度的目光聚焦在犯罪行为上面，像如何处理犯罪行为，是否予以刑罚处罚，等等。尽管也有附带民事诉讼的程序，但定罪量刑具有绝对优先性和前提性。这里很少考虑到受害人应如何获得补偿，即使考虑到了也往往因犯罪人需服刑而无法实现。刑事和解的出现，恰恰弥补了这一点，加害人和受害人通过协商，在赔偿问题上达成和解，至少在受到补偿问题上，受害人可以得到满足。

从国家的角度来说，确定性是国家树立权威和治理社会的一个重要途径。如果国家的制度缺乏确定性，必然带来国家治理成本的提高。所以，任何一项国家制度的政治功能都是不可缺少的。国家通过刑罚制度实现它的惩罚权力，根据福柯的理论，国家通过这种方式向受到它治理的人们昭示权力的无所不在：

在遥远的时代，犯罪是对君权公开的挑战，乃至亵渎，于是君权要以更残酷的方式来对犯人进行报复。其中蕴含的权力展示是不言而喻的。历史的进程对它不断地进行改造，酷刑逐

[1] [法] 米歇尔·福柯：《规训与惩罚》，刘北成、杨远婴译，生活·读书·新知三联书店1999年版，第104页。

渐被温和惩罚所替代，惩罚的政治功能依然存在，但经过改头换面，以另一种温和方式向人类昭示着权力的无所不在。[1]

可见，惩罚在国家权力那里，有着重大的政治功能，自从有了国家和法律以后，犯罪被认为不仅是对个人的侵犯，还是对国家和社会的侵犯，惩罚也就成为国家的专断权力，私人之间至少不能以明显的方式作出惩罚了。

于是，确定性刑罚以及统一的刑罚体系成为国家的主要特征，并且至少在话语层面上，罪刑法定、法律面前人人平等、罪刑相适应等都是主流，尽管在距今相当近的时候，出现了对于上述刑事司法制度的各种反思和批评，这种刑事司法体系甚至被一些女权主义法学家批评为代表了“男性的声音”，其中隐含着缺乏人性、道义的关怀等批评。[2] 所以，主流犯罪与国家观念始终作为主导的思想贯穿于众多国家的刑事司法制度中。于是，刑事法律越来越趋向统一更多、个别更少，确定性更强、变动性更低等的运行特征，尽管纷繁复杂的现实生活，以及司法天然的灵活性，一定程度上消解着这一趋向。

（二）刑事和解制度化实践中的国家治理逻辑

所以，对国家的追诉犯罪的专断权、刑事司法的政治功能的凸显、国家剥夺了个体的选择权等，人们日益表现出不满和

---

〔1〕［法］米歇尔·福柯：《规训与惩罚》，刘北成、杨远婴译，生活·读书·新知三联书店2003年版，第53页。

〔2〕男性的声音主张：道义的问题被定义为不平等的问题，并且这些问题要运用司法推理，运用个人权利、自治和公正的价值来加以解决；女性的声音，将男性在司法推理中的超然和客观的价值视为道义问题，更加强调关怀、责任和联系在解决道义两难时的价值。参见［美］博西格诺等：《法律之门》，邓子滨译，华夏出版社2002年版，第9章。

批评，在原有的法律框架内，甚至在超越法律的尝试中，当事人和有关机构不断地探索出新的模式和新的技术。国外的恢复性司法、刑事和解的理论与实践探索都是在这个背景下进行的。而中国的刑事司法实践中，也兴起了刑事和解的制度化尝试，在承认它自生自发性的特点的同时，不能忽略它的一种权力技术的特质。这种权力技术将是惩罚的更加温和的变种：社区、赔偿、道歉和恢复，这符合一种恢复性样式的社会控制模式。也可以说，刑事和解是在国家的权力场域中，在惩罚权力的阴影下，将选择权利归还给了个体。而事实证明，这种注重个案的社会效果的新型制度在对当事人之间的社会关系的恢复、对被害人的赔偿和抚慰、给被告人提供认罪和赎罪的机会等方面都具有促进作用，其社会功能得以凸显。所以，可以想见的是，作为国家惩罚权力的一种技术，刑事和解制度的运行和实现使国家实现了更加有效的惩罚（广义上），成功地实现了其社会功能的凸显和政治功能的淡化。

首先，惩罚从确定性到可选择性。也许在某种意义上，刑事和解在部分刑事案件中，将惩罚权力归还给了个人，是否与加害人进行和解成为被害人的自由选择的权利。但由于被害人只能在与加害人达成和解或追究其刑事责任中选其一，所以一旦进行刑事和解，犯罪人很可能就此避免受到惩罚。所以，惩罚被免除了，国家和个人都放弃了对犯罪人的惩罚，当然也可以说，国家权力把惩罚权力归还给了个人，由个人来决定在部分个案中对犯罪人是否进行惩罚。实际上，这种说法未免过于武断和绝对，因为最后是否要追究犯罪人的刑事责任还是由国家权力来决定的，被害人并没有那么大的选择空间。但被害人意愿的受重视程度远远比传统刑事司法中的要高。换言之，在

被害人那里，对加害人的惩罚转化成了对自己的赔偿或补偿，[1]而并不是把握了惩罚权力，哪怕是不惩罚的权力。

因此，惩罚权力依然还是国家的专有权力，只是在刑事和解的制度中，变得更加温和、更加人性化了，这与福柯对惩罚的发展的论述相吻合。刑事和解制度是国家惩罚权力的另一种表现形式，刑事和解与国家的其他司法制度一样，成为国家的权力资源、权力技术的一个内容。

其次，从政治功能的凸显到社会功能的凸显。与经济学上的理性人假设一样，国家也是一个理性国家，并且随着治理经验的积累和治理技术的加强，对任何一项关系到国家治理利益的制度和个体，都会采取特定的态度。

> 从刑事法律的立法目的来看，国家追求的并非单纯的司法成本的节省，而是希望以必要的支出换来预期的收益。对犯罪嫌疑人进行审判和惩罚虽然耗费了大量司法成本，但如果这能够起到维护社会秩序、保护公共安全以及改造罪犯的良好效果，就会被国家视为有效的支出。[2]

因此，从社会的角度来看，刑事司法制度，对维护社会秩序而言，至少比复仇制度更为有效。社会的需求产生了国家和刑事司法制度，国家和刑事司法制度除了上述它自身的政治功能之外，还发挥并实现着它的社会功能。这也说明了，政治功

---

〔1〕关于被害人为自己的利益最大化而采取的策略和方法，在第四章中已做过详细的个案分析。

〔2〕葛琳：《刑事和解研究》，中国人民公安大学出版社2007年版，第155页。

能必须与它的社会功能相对应，否则其政治功能无从实现。因此在一个社会中，制度的产生避免了恣意，造就了事物的确定性和可预见性，尽管在一定的范围和程度内，制度的例外是正常的，但个体的声音在事物、规则的常规化、制度化中逐渐被埋没了，我们偶尔能够听见的，也只是悲剧中的人物及后人在夹缝中说出的悲惨故事。[1]

在这个意义上，可以说，刑事和解制度的产生表明了公共领域终于听到了个体的声音，终于在一部分刑事案件中[2]听取了被害人和加害人的意见，他们可就伤害赔偿问题达成和解，有关机关可将此作为处理案件的依据之一。这充分表明了刑事和解制度具有纠纷解决、补偿、恢复等社会功能，[3] 从而显示出与传统的刑事司法制度在功能上具有不同的侧重点。

再次，在某种意义上，刑事和解是对赔偿性（和解性）私力救济的制度化和正式化。刑事和解制度意味着将当事人之间通过协商和解方式解决纠纷——和解性私力救济——纳入了司法场域，在国家提供的平台上对报应和补偿问题进行了一定的替代或转换，在司法场域中，使惩罚转化为补偿。当然，进入国家的权力场域与司法场域的刑事和解制度与原来的赔偿性（和解性）私力救济出现了很大的区别。这不仅仅是因为在刑事

---

〔1〕 例如古代的婚姻制度导致了梁祝的悲剧，这是最典型的制度的意外，即个别人在制度中的牺牲。参见苏力：《法律与文学》，生活·读书·新知三联书店2006年版，第2章。

〔2〕 适用刑事和解的刑事案件在各地的标准不统一，还处于探索之中，概括起来有：在适用对象方面包括未成年人、在校大学生、过失犯、偶犯、初犯；案件类型主要包括轻伤害案件，即可能判处3年以下有期徒刑、拘役、管制刑的案件；交通肇事案件；有些地方甚至在某些重罪案件中也尝试着适用刑事和解。

〔3〕 详见第四章。

和解制度中渗透着国家理性。在传统的刑事司法理念中，犯罪是国家与罪犯之间的冲突和对立，几乎没有和解的空间。[1] 然而，不管刑事和解的制度化程度和运行的范围如何，[2] 其作为正式制度的提出宣示了如今刑事司法制度发生了某种意义上的改变，并且在制度的意义上，对传统的刑事司法理念作出了至少某种程度的修正。尽管有着多年的报应性司法和预防性司法等理念的论争，在立法和司法实践中仍然以报应性正义理念为主导。而且，其在国家、犯罪、惩罚等的关系问题上，占主导的理念仍然是"犯罪是对国家的侵犯"、"国家代替被害人对犯罪人施以惩罚"，等等。而在客观上，这种刑事司法制度也满足了被害人的报复需求，也显示出制度的另一个假定，即刑罚能够满足人类的报复需求。

制度只能满足社会性的需求，其中少数人的需求总是会有意无意地被忽略的，刑事司法制度满足了人们的报复需求，却忽略了其获得补偿的愿望。这样说并不是有意忽略刑事附带民事诉讼的制度功能，从其制度设计来说，前者确实是为了补偿被害人的物质损失而设置的。但制度在运行过程中总会因为各种原因而发挥不了其潜在的和预设的功能。比如，很多实证研究都表明，对被告人定罪量刑之后，附带民事诉讼的判决往往得不到执行。而在实践中，司法机关的官员为了促成加害人的赔偿，往往以加害人的定罪量刑为砝码做工作，这在传统的刑事司法中以司法惯习（惯行）的形式普遍存在。[3] 所以，说传

---

〔1〕 自诉案件是刑事司法制度的例外，由自诉案件的特殊性所决定，当然地适用刑事和解，这种和解的效力远比今天的刑事和解的效力明显。

〔2〕 参见第二章对现阶段刑事和解实践状况的实证描述。

〔3〕 参见第二章和第三章。

统刑事司法制度忽略了人的补偿愿望，是从结果意义上来说的，当然传统刑事司法的报应性倾向也受到了一些学者的反思和批评。传统的刑事司法过于强调报应，过于强调对犯罪的惩罚，而将定罪量刑和民事赔偿割裂开来，就会导致对个体补偿愿望的忽略。

所以，在个案中，受到补偿的愿望大于报复愿望的受害者希望自己的损失得到赔偿，伤害得到补偿，如果报复和得到补偿二选其一的话宁愿放弃对加害者的惩罚。如果在法律的框架内这是不允许的话，只能采取规避法律的方式寻求最佳的利益，这是出于人们的现实利益，也有一定的可行性，所以，规避法律的“私了”或司法场域中的调解与和解等，在人类的历史中一直存在，只是碍于国家法律的否定而一直处于无法明言、无法正当化的状态。而刑事和解制度的兴起，使得这一需求在司法场域中也具有了实现的可能性，并意味着刑事惩罚以另一种温和的方式得到了实现。

最后，刑事法律的私力合作化与私力救济的法律化。国家与法律出现后，私力救济的范围明显缩小了，毫无疑问，这个过程是通过刑事司法制度的强制性力量来实现的。前文所述，在当事人和社会的多样化需求的层面上，刑事和解制度可以成为刑事司法制度的补充和某种程度上的修正。那么，从私力救济的角度而言，刑事和解制度或多或少带来了或可能带来一些改变，这将会是什么呢？

前文的分析表明，尽管国家明确禁止报复性私力救济，后者却在人类社会生活的历史长河中，始终没有消失过，甚至在

先进的现代法治社会都不例外。[1] 只是法律制度也好，私力救济等民间性非正式制度也好，在相互影响、相互作用中运行、发展。法律制度在民间社会规范的大背景中，不断改变、完善自己；民间社会规范又在法治建设的大背景中不断地被重塑、变迁。这在很多法社会学的研究中都得到了证明。最典型的如苏力，他通过研究强奸案“私了”规避法律的案例，认为当事人之间的处理结果和方式无形中也受到了国家制定法的影响，属于法律阴影下的合作。[2] 类似的例子数不胜数。刑事和解实践对当事人之间的损害赔偿和补偿问题明确予以承认，反而对私人之间的惩罚作出了规制和限制，甚至客观上可能带来减少暴力、冲突乃至犯罪的效果。这也是刑事和解制度的理论基础之一——恢复性正义理论的核心所在。从近年来的刑事和解的制度化实践中，我们便看到了这种刑事法律的私力合作化趋向。

而与此同时，刑事和解的私力合作化在客观上可能会带来另一种效果，即有些报复性私力救济由于被纳入到司法场域中，当事人也许更愿意在国家权力的保障下达成刑事和解。无形中，私力救济的范围会更加缩小，或者私力救济有了法律化的意蕴。

四、新中国刑事案件调解的变迁与刑事和解

上文分析只是在客观上观察了刑事司法制度中蕴含的国家治理逻辑，以及在刑事和解制度兴起之后所发生的改变。而粗略地看来，刑事司法制度遵循了一种从粗放到精密化的发展轨

---

〔1〕 这种情形并不是中国的专利，很多法社会学的研究都表明，私力救济在任何社会中都是存在的，美国乡村都存在无需法律的秩序。参见［美］埃里克森：《无需法律的秩序》，苏力译，中国政法大学出版社2003年版。

〔2〕 参见苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版，“法律规避和法律多元”。

迹，可视为一种现代刑事司法理论的中国体现。但如果对具体问题具体观察，就会印证历史永远不会单线发展这一论断，尤其在中国，很多西方普适性的理论都有可能失效，或者至少是部分不适用。单在新中国成立后，国家和社会、刑事司法和人民调解等的关系，以及刑事调解、和解等制度本身，就已经经历了几次迂回反复。人民调解制度是中国的独特制度，它的介乎于民间和国家的中介性体现着国家意志、权力紧缩与下放的动态过程。

至此，也许细心的读者会发现，在上文对刑事司法制度与刑事和解制度进行国家治理逻辑的分析时，我们一直忽略了（一定程度上是有意的忽略）一个现象，那就是即使在国家全面垄断追诉犯罪的传统刑事司法体系中，调解机制始终作为一项例外的制度存在并运作着，尽管其在以惩罚为主线的刑事司法体系中微弱到几乎可以忽略不计。那么这个问题一旦被提出来，前面的分析似乎又变得不那么可信了，至少显示出一个需要弥补的缺失。因此，对于这种边缘化（更多的是理论上的边缘化）的刑事调解制度进行理论上的关照似乎显得很必要。它与刑事司法制度中所蕴含的国家治理逻辑有着什么样的关系？各个不同阶段的刑事调解制度中又蕴含着什么样的国家治理逻辑？与今天推行的刑事和解制度建设是否有关系，如果有，是一种什么样的关系？为此，我们从新中国成立前夕建立的刑事调解机制开始观察，这段历史，尽管在文革时期可能有了一定的断裂，但从现代司法体制建设的角度看来，其仍然是一个完整的、具有延续性以及有规律可循（但事实证明，它的发展是迂回曲折的）的历史。

（一）调解制度的孕育与发展初期：刑事调解的广泛适用

1. 相关法规的颁布及制度建设。这一时期大概从第一次国

内革命战争时期开始到新中国成立前夕。早在第一次国内革命战争期间的农民运动大潮中，农民组织设立了负责调解仲裁的机构，如广东海丰农会的“仲裁部”、湖南农村乡民大会选举组织的“公断处”等。在第二次国内革命战争期间，1931 年由中华苏维埃中央执行委员会通过《中华苏维埃共和国地方政府暂行组织条例》，确立了村苏维埃解决群众纠纷的调解制度。“这一阶段的调解虽然主要是以基层政府调解为主，但由于不同于法院的诉讼中调解程序，仍属于诉讼外的人民调解范畴。”[1]

到了抗日战争期间，各个革命根据地相继发布了有关调解的法规、条例等，尤其是在 1943 年由陕甘宁边区政府发布了《陕甘宁边区民刑事件调解条例》，可以调解的范围除了民事纠纷之外，扩展到部分刑事案件，除危害国家和社会利益的犯罪、故意杀人及掳人勒赎等严重侵害个人利益的犯罪，以及习惯性犯罪外，其他刑事案件均可调解。“除了一切民事纠纷均应实行调解外，一些重大刑事罪以外的一般刑事犯罪亦在调解之列。”另外，1944 年，林伯渠在陕甘宁边区政府委员会第四次会议上的工作报告中说：“民事一般推行调解，刑事除汉奸、反革命罪外，大部分也可适用调解。”又在 1944 年《陕甘宁边区司法纪要》中提出刑事案件“在双方自愿的原则下，彼此息争止讼，受害的一方既可得到实益，加害的一方亦可免于处罚，不致耽误家里的生活事宜，而无形中便能增进社会的和平”。而到了 1946 年，对《陕甘宁边区民刑事件调解条例》的刑事案件调解范围作了限定，对不得调解的刑事案件作出规定，原则上凡侵

---

〔1〕 范愉：《非诉讼纠纷解决机制研究》，中国人民大学出版社 2000 年版，第 76 页。

害的客体是国家、公共利益、社会危害性大的案件不能调解。[1]可见，这一时期，中国的调解制度逐渐形成，允许调解处理刑事案件的范围也很广泛。而这种独特的调解制度与审判制度相结合，也孕育出了著名的“马锡五审判方式”，其被称为中国法律的新传统。[2]

2. 相关背景与动因。①这一时期处在战争环境下，法制不健全，司法无法满足社会调整的需要。成文法律体系仅有一些基本框架和原则，缺少具体的适用规范，以及审判力量不足，人员素质较低等。②国民政府移植、建立的近代法制不适合中国的情况，尤其是根据地的实际情况。[3] ③1942 年，陕甘宁边区进入困难时期，为了渡过这一难关，边区政府实行“精兵简政”，从而造成司法人员的相应减少，无法应对大量的冲突、诉讼等情况。[4]

3. 刑事调解中的国家治理逻辑。这一时期是社会转型和现代民族国家的孕育期，因而也高度体现出过渡时期的过渡色彩。显然，调解制度是共产党为了贯彻近代化的路线、扩张国家权力网络，在战争年代的特殊环境之下采取的治理策略。而对刑事案件的处理范围较广泛，可以说是多种因素互动下的结果：

---

〔1〕 参见范愉：《非诉讼纠纷解决机制研究》，中国人民大学出版社 2000 年版，第 77 页。

〔2〕 因为除了在调解机构进行调解之外，政府也参与调解，尤其是法院的审判活动也与调解紧密联系在一起，而正是由这一点形成了“马锡五审判方式”。参见强世功：“权力的组织网络与法律的治理化”，载强世功编：《调解、法制与现代性：中国调解制度研究》，中国法制出版社 2005 年版。

〔3〕 ①和②项的分析，参见范愉：《非诉讼纠纷解决机制研究》，中国人民大学出版社 2000 年版，第 77 页。

〔4〕 参见强世功：“权力的组织网络与法律的治理化”，载强世功编：《调解、法制与现代性：中国调解制度研究》，中国法制出版社 2005 年版，第 222 页。

①当时司法力量不足、无法满足社会调整的需要和打击犯罪的需求，加之刑事法律的不健全都是促使共产党对广泛的刑事犯罪适用调解的原因；②当时正处于共产党逐步建立政权的阶段。权力体系还很松散，尚未建立起统一的政权，而传统社会的规范、观念等与新的法律和规则处处表现出不兼容和冲突。这一困境在刑事法律中表现得更为突出。

因此，可以从这一时期的刑事调解制度中看出其蕴含的国家治理逻辑：①运用群众动员技术，对社会进行治理，将权力的触角逐渐伸向乡村社会；②通过调解的方法和途径在乡村社会的层面上逐渐建立合法性，即推进国家政权建设；[1] ③运用权力的过渡策略，即为了应对刑事法律的空白和不适应性，通过调解的方法对僵化、不适合中国社会的刑事法律加以变通，使其更符合乡土社会的风土人情和当时的动乱环境。

（二）新中国调解制度的全面建立：刑事调解的规范化

1. 相关法规的颁布及关于刑事调解的规定。新中国成立后，1954 年颁布了《人民调解委员会暂行组织通则》，其中第 3 条规定：“调解委员会的任务为调解民间一般民事纠纷与轻微刑事案件，并通过调解进行政策法令的宣传教育。”于是，人民调解制度正式确立，并正式确立了人民调解办理轻微刑事案件的原则。轻微刑事案件其中有一点值得注意，即一方面人民调解可调解轻微刑事案件延续了新中国成立前革命根据地的调解原则；但另一方面，至少在立法层面上，有关刑事调解的规定似乎淡出

---

〔1〕 杜赞奇（Prasenjit Duara）认为，国家政权建设指国家试图支配、控制或破坏相对自治的地方社会结构，试图扩大它对地方资源的支配，并且在国家的支持下发展新的建制。参见［美］杜赞奇：《文化、权力与国家——1900～1942 年的华北农村》，王福明译，江苏人民出版社 1994 年版，第 113 页。

了刑事审判领域。换言之，审判内的刑事调解已经从立法层面上消失了。

2. 相关背景与动因。①新中国在旧时代的废墟上建立起来，经过多年的战争、动乱以及巨大变革，处于百废待兴的状态。一切都需要重新建立，包括法律制度、权力技术等。而调解制度正是作为国家权力向基层渗透的重要工具和策略，在新中国明确而正式地确立起来的。②经过新中国成立前后的合法性重建实现了封建帝国向现代民族国家的转型，[1] 在加强国家权力的努力之后，国家的司法权威也逐渐加强，国家权力成功地渗透到基层社会。黄仁宇认为，“中国共产党领导的革命在建立现代民族国家上最大的成就就在于在乡土中国的农村成功建立起现代国家的基层组织。”[2] ③新中国建立了统一的司法权，颁布了相应的刑事实体法规和程序法规，并且，通过刑事司法的统一行使而巩固政权、加强了国家的治理和树立了司法的权威。这也在一定程度上说明了从陕甘宁边区开始的刑事调解范围为什么从比较广泛的刑事案件缩小为解放后的轻微刑事案件。④尽管国家认识到通过刑事司法巩固政权和加强权威的重要性和迫切性，但当时的实际情况是，一直到 1979 年《刑法》颁布以前，刑事法律在中国还处于空白状态。对此有学者认为，由于那个时候的制定法，除了将反革命和腐败等规定为犯罪，几乎没有对较轻的犯罪行为作出规定，只有 1957 年的《治安管理处罚条例》中允许警察对实施轻微犯罪的人进行惩罚，因此规

---

〔1〕 强世功：“‘法律’是如何实践的——一起民事调解案的分析”，载王铭铭、王斯福编：《乡土社会的秩序、公正与权威》，中国政法大学出版社 1997 年版。

〔2〕 参见黄仁宇：《中国大历史》，生活·读书·新知三联书店 1997 年版。转引自苏力：《送法下乡——中国基层司法制度研究》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 51、52 页。

定人民调解委员会调解轻微刑事案件正是为了应对上述状况。[1]

3. 国家治理逻辑。①通过对民事与刑事案件的区别管理，逐渐走向法律的刑事理性化。于是，主要通过对民事案件和轻微刑事案件的调解对社会和群众输入意识形态，而通过对重大刑事犯罪的严厉打击逐渐建立国家的权威、维护社会的良好治安，实现良性的国家治理。②通过赋予人民调解委员会轻微刑事案件的调解权，来应对法律的不健全和打击犯罪的力量不足等状况。③通过教育性调解方式向民众灌输国家政策、国家意识形态等，进一步建立和巩固民族国家的统一政权。因此，这个时期的调解制度有着强烈、鲜明的政治色彩和政治功能。如《人民调解委员会暂行组织通则》的第1条即指出："为建立人民调解委员会（以下简称调解委员会）及时解决民间纠纷，加强人民中的爱国守法教育，增进人民内部团结，以利人民生产和国家建设，特制定本通则。"

（三）20世纪80年代至21世纪前夕的调解：刑事调解的衰落

1. 相关法规的颁布及刑事调解状况。1979年颁布了《刑法》和《刑事诉讼法》，标志着中国刑事司法打开了一个新局面，从新中国成立以来的"以批示代法"、"以政策代法"、"以经验代法"等长期依赖的途径得到改观，并且吸收了诸如罪刑法定、罪刑相当等西方刑事司法理念。并且随着国家权力和国家观念的逐渐加强，犯罪被视为对国家利益和公共利益的侵犯。关于刑事调解，刑事诉讼法也只规定了自诉案件的调解。直至1989年，国务院颁布了《人民调解委员会组织条例》，将人民

[1] 参见郭丹青："中国的纠纷解决"，载强世功编：《调解、法制与现代性：中国调解制度研究》，中国法制出版社2005年版，第411页。

调解委员会的调解范围限定在民间纠纷，不再有轻微刑事案件了。对此，美国学者陆思礼（Stanley B. Lubman）描述道：

> 法制论者认为，调解委员会不应再有权调解微小的刑事案件。中国现在是一个有法可依的国家，法律应该被严格地执行。属于民法管辖的纠纷应该提交人民法院，应受刑事惩罚的犯罪行为必须交由警察处理。不管多小的刑事案件，都关系到社会安全的重大问题，因此不应该由调解委员会决断。1989 年颁布的新的调解规则采纳了法制论者的意见，取消了委员会调解微小的刑事案件的权力。[1]

而与刑事调解的衰落形成鲜明对比的是，民事调解几乎在同一时间再度复兴。1982 年颁布的《民事诉讼法》第 6 条规定："人民法院审理民事案件，应当着重进行调解；调解无效的，应当及时判决。"第 97 条也规定："人民法院受理的民事案件，能够调解的，应当在查明事实、分清是非的基础上进行调解，促使当事人互相谅解，达成协议。"可见，法院调解终于以正式制度的形式明确确立下来。[2]

2. 相关背景。①《刑法》和《刑事诉讼法》的颁布，标志着中国的刑事司法实践开始有法可依；②在强有力的国家权力和强大的国家机器的支持下，中国开始了现代化法治建设，关

---

〔1〕［美］陆思礼："后毛泽东时代中国的人民调解制度"，载强世功编：《调解、法制与现代性：中国调解制度研究》，中国法制出版社 2005 年版，第 331、332 页。

〔2〕但众所周知的是，到了 1991 年《民事诉讼法》的修改和审判方式改革的兴起之后，民事调解制度也明显受到了一段时间的挫折。这个属于另外一个问题，所以暂不在此进行讨论。

于刑事法律的确定性、罪刑法定、法律的普适性等制度理念逐渐深入人心；③传统的“杀人偿命”、“以牙还牙”等观念重回人们的视野中，报应理念也在新的刑事法律中充分体现出来；④调解的政治色彩日渐淡化，与政策的联系也日渐减少，民事调解在社会关系的恢复、纠纷的解决等方面的社会功能日渐突出。尽管有着一定的制度基础和空间，但除了自诉案件，刑事调解在制度设计层面失去了依托和支持。[1]

3. 国家治理逻辑。①在民事案件中继续采用调解方式，以此解决法治建设中面临的众多难题，如执行难、日益增长的司法压力等问题；②将一部分刑事案件，如诽谤、虐待等案件规定为自诉案件，可以当然地适用调解之外，其他的犯罪都归为公诉案件收回国家权力的管辖范围中，宣告了国家、社会、公共利益的神圣不可侵犯性，并以“有罪必罚、有错必究”等惩罚话语作为威慑手段；③国家通过对刑事案件的垄断实现了治理的专门化和法律化；④国家吸收了民间的报应逻辑，对犯罪者必定作出惩罚，刑事司法体系主要采用惩罚性样式。另外，刑事附带民事诉讼制度的设立虽然照顾到了民事赔偿的需求，但由于其依附于刑事诉讼，因此刑事判决决定民事赔偿的程度，而不是民事判决作为刑事判决的参照。[2]

（四）刑事和解的制度化实践：刑事调解的复苏与发展

而在刑事调解制度全面衰落之后，又正当遵循现代刑事司法理念的刑事司法实践与制度建设进行得如火如荼之时，“刑事

---

〔1〕 因为这个时期的刑事附带民事诉讼的调解部分本质上还是属于民事调解，而与刑事部分的判决没有必然联系。而那种以民事部分的和解来影响刑事部分的判决只以司法惯习的形式存在。

〔2〕 关于二者的关系详见第一章。

和解”这一概念映入了人们的眼帘。这不得不让人深思，这一似乎从天而降的“概念”，或者“制度”与前述刑事调解制度的兴衰是否有联系？难道仅仅是一次巧合？

实际上，前文已经用很大的篇幅分析表明，确定性刑罚以及统一的刑罚体系正逐渐成为国家法律制度的主要特征，并且至少在话语层面上，罪刑法定、法律面前人人平等、罪刑相适应、国家追诉等都已成为主流，其中关于犯罪与惩罚是贯穿始终的一条主线。而此时刑事和解的出现并制度化虽然看似消解了这一倾向，但随后对其蕴含的国家治理逻辑的分析，却又表明刑事和解制度实际上并没有根本改变原来的“惩罚”主题，而且也与人类关于惩罚和刑事司法的整体发展方向相一致。所以，到了本部分对刑事调解机制的理论关照使得本文的论证又似乎发生了一次迂回。那么，下面对其逐一分析。

首先，新中国以来调解制度的发展和兴衰史表明，当国家和政权处于不稳定、法律不健全时国家会采取相应的特殊手段来应对。如陕甘宁边区政府便是采取了一种群众动员术，通过对大量刑事案件的调解来进行社会治理，而在新中国成立后政权稍微巩固后，便逐渐对刑事调解的范围和程序进行规范化，仍然通过对部分刑事案件实行调解制度来应对法律不健全的状况。到了政权的渗透相当深入、刑事法律相当完备之后，国家便几乎取消了所有刑事案件的正式调解机制（自诉案件除外），真正地建立起了追诉犯罪的国家垄断机制。这一段历史，一方面表明，在特殊历史时期由国家采取的特殊手段，即使是法律手段，其政治色彩也会更强烈一些，而且其发展规律可能与国家与法律的整体性长期性的发展规律不完全相符，但另一方面又表明，理论的观察和梳理永远只能归纳出事物的理想类型，而理想类型永远都是有例外的，新中国以来刑事调解机制的兴

衰正表明了这一段政治和社会的特殊转型期的特殊国家治理逻辑。所以，先不论其制度和实践方面的实质如何，今天的刑事和解实践与历史上的刑事调解制度在国家治理的层面上属于一脉相承的制度。

其次，从现实的层面来看，我国现今的刑事和解实践被赋予了诸多意义，尽管各地做法尚未统一，但我们还是能够看到很多推行该制度的地方和司法机关努力将一些新的理念和做法渗透到其中，比如，有的地方不是仅仅以经济赔偿作为唯一的目标，而是努力促使双方当事人达成谅解恢复社会关系，即把恢复性样式和赔偿性样式很好地结合起来。因此，我们可以发现，新中国以来关于刑事调解的各种做法实际上已经被吸收到今天的刑事和解实践中，只是后者有了更多更广泛的范围和含义，也正如前文所述，其政治色彩淡化而社会功能得到凸显。

最后，到底如何来定位我国今天的刑事和解制度呢？当然，从国家治理逻辑和刑事纠纷处理样式的角度来看，笔者更愿意将它定位为我国刑事调解机制的复苏与发展。但是，如今的"刑事和解"这一概念和用语自身所蕴含的特定含义，以及它所实践的新的做法和理念，又确实将它与历史上的任何一项制度、以及西方的恢复性司法和刑事和解实践区分开来。的确，对这一问题，学界也至今未达成共识，多数学者认为"刑事和解"本身即是从西方源起的概念和制度，[1] 与中国的传统司法实践关系不大，也有一部分学者认为中国的刑事和解实践自有其传

---

〔1〕 国内有大量研究刑事和解的研究成果，其中多数论著都提到西方恢复性司法和刑事和解实践，认为"刑事和解"就是起源于西方的被害人与加害人的和解计划（victim-ofender-reconciliation，简称 VOR）。典型的如马静华："刑事和解制度论纲"，载《政治与法律》2003 年第 4 期。

统和文化方面的基础和渊源，力求从本来的刑事司法实践中，甚至从中国历代司法实践中去寻找本土资源。[1] 必须承认，这些研究是有意义的，对于这些理论和观点都需认真对待，因为其大都是从自己的理论体系和语境中论证出来的，但由于达不成共识，又没有一个很好的对话平台，从而始终给人一种无所适从感。因此，如果说，这样一种概念的定位有意义的话，我想在此表明一下立场，我认为通过观察新中国刑事调解制度的发展历程，发现其在制度设计层面，从广泛建立调解，到轻微刑事案件调解，再到仅限于自诉案件和附带民事诉讼调解的发展轨迹，而近些年的刑事和解制度化实践，充分显示了其以原来的刑事调解机制为原型，并以原有制度实践中的司法惯习等为基础的制度实践的全面复苏和发展，换言之，刑事和解制度是对刑事调解制度的一种创造性转化。

五、刑事和解制度的政治功能分析

尽管刑事和解制度化实践基于各种社会现实的需求，社会功能日益突出，但制度背后蕴含的国家治理逻辑表明，其政治功能依然不可忽略。

（一）惩罚功能

从表面上看，刑事和解充分尊重当事人的意志，将当事人之间的和解协议作为处理刑事案件的一项根据，似乎将惩罚权力归还给了个人，是否与加害人进行和解成为被害人的自由选择的权利。但刑事和解并不意味着国家把惩罚权力归还给了个人，因为最后是否要追究犯罪人的刑事责任仍是由公权力来决

---

〔1〕 典型的如认为刑事和解是人类刑事纠纷解决方式的一种历史轮回，参见杜宇：《理解“刑事和解”》，法律出版社2010年版。

定的。一方面，除了自诉案件外，被害人不能单独决定是否追究加害人的罪责，另一方面，被害人获得补偿的权利并不必然必须放弃对加害人的刑事追究。刑事和解仅仅是将部分刑事制裁的决定权有限地让渡给受害人，使部分对加害人的惩罚转化成了对受害人的赔偿或补偿，但本质上，刑事和解制度只不过是国家刑事司法的另一种表现形式，与国家的其他司法制度一样，属于国家的权力资源、权力技术的一个内容。刑事和解的惩罚功能依然存在，只是与传统刑事司法比较起来，显得更加温和了。这一底线的存在，决定了刑事和解的合理性限度，保证其不致远离国家和法律的制约，也减少了其滥用的可能、潜在的弊端和各种社会道德风险。

（二）实现善治的功能

刑事和解的恢复功能本身也是一种社会功能，这里强调的不仅是个案当事人之间的谅解和关系修复，以及加害人获得社会谅解、回归社会的功能，更重要的是指超越个案处理而达到的社会效果或效益，即通过减少或减轻惩罚的烈度、国家介入的程度，缓和社会关系中的对抗性，增加和解与和谐因素，从而改善治理的方式和效果。如在亲属和社区的刑事案件中，充分考虑到其社会关系的特殊性，处理结果在纠纷解决的彻底性和衡平性方面，以及对民间习惯、公共道德和情理的考量等方面具有更好的社会效果；在轻微违法或过失犯罪（如交通肇事）案件中，提倡理性协商及合理交易也有助于及时、经济、理性地解决纠纷、减少处理的成本和对抗性。在当代中国，司法机关之所以将刑事和解的意义提高到维护社会稳定和司法公信力的高度，正是出于这方面的原因。然而，从另一个角度说，刑事司法制度的设计本身以国家对刑事犯罪制裁的垄断为基础，在这个意义上，国家承认刑事和解，也意味着将一部分原来纯

民间领域内的自治性纠纷解决行为纳入了公权力的规制之下，在国家权力和民间自治相互渗透的过程中，国家权力在更温和的形式下获得了扩张。这也说明，刑事和解的政治功能有可能在施行中向着不同的方向延伸或强化。在历来强调国家中心的中国，法律界可能更加关注这一侧面，甚至可能导向与西方恢复性司法截然不同的价值追求。但是，从当代刑事和解的基本理念和社会背景看，即使有理解和侧重的差异，但其基本趋势和主流无疑是国家对受害人权益和社会多元价值观的尊重，也就是当代善治理念的体现：从国家中心向社会价值和当事人自治的适度倾斜，以及多元价值和多元化方式的协调互动。

（三）民主功能

这一功能体现在刑事和解的协商性、参与性、司法社会化和对人类多元文化的尊重上。首先，可以将刑事和解理解为一种诉讼契约，其理念中蕴含着一种“商谈正义”[1] 理念，即对刑事案件当事人——加害人和被害人——的意思自治给予很高的尊重，并根据双方达成的和解协议来决定刑事诉讼程序的进程、中止以及终结等，这可以被视为一种民主功能的体现。其次，刑事和解显示出国家权力对自治和传统文化、社会情理、多元价值的一种尊重甚至礼让，本质上也是当代司法社会化、民主化的一种结果，表明国家权力和司法制度从最初的强权垄断逐渐走向更高程度的文明和民主。最后，刑事和解实践中对当事人自主协商和社区参与的积极倡导，很大程度上与当代公民社会和社会自治不断走向成熟有关，并有利于培育其生成和

---

〔1〕 商谈正义由哈贝马斯提出，哈氏讨论了一种通过商谈的方式达成共识的可能性。参见［德］哈贝马斯：《事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》，童世骏译，生活·读书·新知三联书店2003年版，第273～290页。

成长。随着这一进程，很多国家在刑事案件处理中不断提高对社区标准和常识的尊重，增加了司法的民主性和公理性。

毫无疑问，刑事和解在世界各国的实践都显示出各自的特色和价值侧重，并受到既有制度和文化的制约，由此也决定了其政治功能的差异，很难形成绝对的普适性价值和模式，但是，这一制度的基本功能和社会功能的共同点是显而易见的，在我国刑事和解的实践和制度化也主要是基于这些功能展开的。

（四）政治功能与社会功能的交错

在那个存在着残酷肉刑的遥远时代，刑法和刑罚的政治功能显得更加突出，以至于似乎只有政治功能而没有任何社会功能。福柯的论述向我们展示了那个只有残酷的肉刑具有的权力展示、血淋淋的权力和统治游戏。[1] 而实际上，社会功能不可能、事实上也从来没有离开过人类的刑罚史。因为一种制度如果只有政治功能而没有社会功能，根本就不会存续下去，更何况肉刑这种刑罚方式，在人类历史上存续了很长一段时间。这可能有了一点循环论证的味道，又有点类似“存在即合理”的辩解。但仅有一点可以说明残酷肉刑的社会功能——残酷肉刑具有明显的羞辱效应：“羞辱刑的倡导者主张，当众侮辱罪犯在某些情况下会以高度节省成本的方式防止犯罪行为的发生。”[2] 后来，监禁刑替代了残酷肉刑之后，监禁刑继续以改良的、温和的惩罚方式发挥着其社会功能，与其政治功能一起形成人类文明的不可分割的一部分。

---

〔1〕 参见［法］米歇尔·福柯：《规训与惩罚》，刘北成、杨远婴译，生活·读书·新知三联书店2003年版，第一部分。

〔2〕［美］埃里克·A. 波斯纳：《法律与社会规范》，沈明译，中国政法大学出版社2004年版，第133页。

国家权力对刑事案件的垄断亦是出于治理策略的需要，国家原则上禁止私力救济，但人类历史上私力救济始终没有消失过，刑事案件的私了等现象屡见不鲜。对此国家也一直采取睁一只眼闭一只眼的态度，从来没有予以明确认可。此即国家的表达与实践的不一致，所谓“表达是一回事，实践是一回事，表达与实践的结合又是一回事。”[1] “……对以私力救济、甚至暴力手段自行解决纠纷的人，国家的态度远非像人们所想得那样严厉。”[2] 这里一方面包含着浓厚的社会学意蕴，即徐昕先生所归纳的那样，一是法律表达与实践的不一致，另一个为“猫和老鼠”围绕规则的游戏[3]；另一方面，与国家的治理需要相关，具有浓厚的政治意蕴。因此，刑事司法制度的垄断地位不但在事实上发挥着威慑犯罪治理社会的作用，在意识形态及话语结构上也发挥了重要的政治功能。可以说，其社会功能和政治功能是相契合的，刑事司法制度的政治功能契合了社会需求，从而使一项制度得以长期存续下去。

刑事和解理论和实践的兴起引起了众多争议，其中有价值之争，普适性与个别性论争、报应正义与恢复正义之争，等等，归结起来，刑事和解的制度化确实会带来刑事司法的功能发生结构性的变化，并且也不能排除来自结构内部的功能冲突。

一项制度的各种功能不是相互孤立的，其相互之间具有密切联系，甚至相互影响、相互促进。在各项功能相互冲突的情况下，制度的发展会遇到很大的阻力，而在相互影响、相互渗

---

〔1〕 这是黄宗智教授在一次学术讲座中说的一句话。这个观点是黄教授通过对清代的诉讼档案进行研究之后得出的结论，详细内容可参见黄宗智：《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》，上海书店出版社 2001 年版。

〔2〕 徐昕：《论私力救济》，中国政法大学出版社 2005 年版，第 261 页。

〔3〕 参见徐昕：《论私力救济》，中国政法大学出版社 2005 年版，第 261 页。

透的情况下，制度发展相对来说会比较顺利。而且，各项功能在相互影响、相互渗透的情况下组成一个有机整体，不同于各项功能的简单相加。

刑事和解制度的出现不但会形成自身的功能结构，也促使整个刑事司法制度的功能结构发生改变。作为一项制度，刑事和解制度有其自身的功能结构，而作为刑事司法制度的一部分，又不得不遵循其母体制度的一些基本特点。为分析的方便，下面对刑事和解制度的功能结构的描述在与刑事司法制度的功能结构相比较的前提下进行。

从表面上看来，刑事和解制度强化了司法的社会功能，而弱化了其政治功能，然而，我们需要看到更深层的情况和其背后隐藏的逻辑。而在很多时候，观察和深入分析会澄清常识性的误解，但往往也不能确定正解在何处。

我们很难说是一项制度的社会需求回应了政治需求，还是政治需求回应了社会需求，但在实践中我们更愿意说由于社会需求如何如何才产生了这样那样的制度。可以说，社会需要对一些刑事案件进行刑事和解。例如，青少年犯罪案件中，加害人是青少年，改过自新的可能性较大，社会危害性不大，而被害人更需要物质和心灵上的损失得到弥补而不是将加害人送入监狱，此时，如果对青少年加害人绳之以法，则被害人的需要也会随之被忽视。再如，亲属间的伤害案件，亲属间长期生活在同一个环境中，往往互相之间有千丝万缕的联系，在这样的情况下，伤害案件往往是长期的生活和矛盾冲突升级的结果。他们之间更多的是“问题”而不仅仅是一个伤害案件。所以，对他们进行刑事和解可以有很多有益之处。“不断增加的研究正在质疑报应性司法范式的某些主要假定。这些研究将表明，一

般公众，特别是犯罪被害人，远不像人们想象的那么具有报复性。”[1] 诸如此类，刑事和解是有其制度需求的，那么是否可以说现在的刑事和解制度化实践是回应了这一社会需求而出现的呢？恐怕没有如此简单。用一个简单的推论就可以发现：人类社会原来也一直有刑事和解的社会需求，但是从来没有被国家司法系统承认且纳入到司法场域中。

国家权力和政治的发展总有一个过程，背后总有其规律可循，法律制度尽管不是政治的附庸，却从来也不是自给自足的系统，而是受到方方面面的制约，其中最重要的两个制约因素便是政治因素和社会因素。而另一方面，法律制度又是国家进行治理的最重要的手段，司法的背后总有一个国家权力作为强大的支撑，否则很难运行下来。仔细观察这一过程，便可看出一个规律：首先，国家权力和司法制度从最初的霸道强权逐渐走向文明和民主。我们清楚地看到国家权力和司法制度不断地吸收民主和文明的因素，走到今天，已经完全不是最初的那个国家和司法制度了。个中缘由当然有社会和各方面的推动，但政治也有其明确的、相对独立的推动轨迹。其次，无论怎样发展，我们仍然可以清晰地看到，刑法与刑罚制度的根基——国家权力不曾发生过改变，因为进行惩罚的权力始终贯穿在刑事司法实践中，刑事和解的运行也只有依赖于惩罚权力才能够有效地实现。

六、小结

在国家与刑事司法制度产生之后，国家显然将民间的报复

---

[1] [美] 博西格诺等：《法律之门》，邓子滨译，华夏出版社2002年版，第658~661页。

逻辑纳入主要的刑事司法体系中，将赔偿性样式作为辅助的制度形式设立了刑事附带民事诉讼制度。而这种让犯罪人付出双重代价的（受刑罚的惩罚与作出民事赔偿）制度显然与民间的选择性样式有所不同，也许正是因为这个原因，长期的刑事司法制度在发挥了维护社会秩序等功能之外，在对于个体的补偿和满足中始终存在着功能不畅。然而，纵观人类的刑罚史，关于惩罚的技术从远古时代的野蛮、粗糙的公开肉刑逐渐向隐蔽、温和的方向发展，直至刑事和解制度的出现。惩罚这一贯穿国家权力的整体性社会事实，呈现出多种不同的面貌。实际上，惩罚技术演进的背后，是国家治理技术的演进和发展，而我们在此过程中看到了日渐精细、日渐成熟的国家权力。

因此，在刑事和解的制度化实践中，虽然可以看到各个行动者出于各自的利益和动机参与进来，但归根到底离不开国家的掌控。在整个刑事司法体系中，惩罚是一个贯穿始终的主题，这里国家治理技术通过惩罚方式和技术来体现。而在刑事和解实践中，虽然在形式上舍弃了惩罚主题而彰显补偿与恢复理念，但实际上，刑事和解的运作归根到底依赖于惩罚权力。所以，刑事和解并没有在根本上颠覆传统刑事司法理念，而充其量是对其一定程度上的修正和补充，使得国家惩罚的技术变得更为温和，从而也更加有效。

很显然，在似乎摈弃了惩罚主题的刑事和解制度中，我们仍然不应忘记它赖以生存和实现的惩罚权力，它并没有舍弃贯穿在整个刑事司法体系中的惩罚主题，而是将惩罚的技术变得更加隐蔽、更加温和，以及更加有效。它修正了刑事司法的某些传统理念，改变了关于惩罚方式的一种认识，改变了国家与个体之间的某种权力关系，却始终没有动摇国家的惩罚、治理等的权力根基和地位。



刑事和解制度化实践中的话语逻辑

合法语言在社会中是普遍存在的，在这种社会普遍存在性中，有一种固有的一词多义的情形；这种一词多义含有多种可能性，通过对这些可能性加以利用，宗教与政治便获得了其最为成功的意识形态的效果。[1]

——［法］皮埃尔·布尔迪厄

话语存在于世界之中，根植于制度的结构之中。[2]

——［美］萨利·安格尔·梅丽

一、问题的提出

实践与话语是相对应的。有实践即有相应的话语，即关于实践正当化的陈述方式。话语又与制度因素相关，有些方面甚至互为因果关系，但其作为实践的意义与制度实践是并列的。换言之，话语实践在制度的产生和建构的实践过程中扮演了极

---

〔1〕［法］皮埃尔·布尔迪厄：《言语意味着什么——语言交换的经济》，褚思真、刘晖译，商务印书馆2005年版，第10页。

〔2〕［美］萨利·安格尔·梅丽：《诉讼的话语——生活在美国社会底层人的法律意识》，郭星华、王晓蓓、王平译，北京大学出版社2007年版，第13页。

重要的角色，既是制度实践的影响力量，又是独立的象征力量。话语逻辑实际上是与实践逻辑形成了一个问题的两面。行动者逻辑与国家治理逻辑在某种意义上就是实践的逻辑，所以关于刑事和解的制度化实践必然伴随着话语实践的正当化论证和对外表达，并反过来也对其制度实践发生着影响。当然，话语的运作也是另一种意义上的实践，我们通常所说的“话语实践”即是在这种意义上使用的。因此在这个意义上，制度实践与话语实践也是相对应的一对概念。

福柯告诉我们，科学地认识事物首先应该摆脱那些以各自的方式变换连续性主题的概念游戏。[1] 实际上，话语即福柯所说的概念游戏，话语是实践或者制度表现出来的概念游戏，其并非实践或制度运作的全部真相。

这些概念显然不具有一个十分严格的概念结构，但它们的职能却是明确的。比如“传统”这个概念，它是指赋予那些既是连续的又是同一的（或者至少是相似的）现象的总体以一个特殊的时间状况；它使人们重新思考在同种形式中的历史的播撒；它使人们缩小一切起始特有的差异，以便毫不间断地回溯到对起源模糊的确定中去；有了传统，就能把新事物从常态中区分出来，并能把新事物的长处移交给独特性、天才、个人的决策。[2]

---

〔1〕 参见［法］米歇尔·福柯：《知识考古学》，谢强、马月译，生活·读书·新知三联书店2007年版，第20页。

〔2〕 参见［法］米歇尔·福柯：《知识考古学》，谢强、马月译，生活·读书·新知三联书店2007年版，第20页。

上文通过对刑事和解实践的实证考察，不但将刑事和解实践影像式地展现了出来，也微观地探究了在制度化实践中不同主体的目的、选择，以及行动策略等行动者逻辑。这一工作将制度的实践层面从话语中剥离了出来，较客观地反映了制度运作和实践层面的本来面目。但困境也接踵而来。尽管说话语只不过是实践的表现形式，或者说话语是实践正当化的工具和途径，是在实践之后发生的意识层面的事实。但它似乎很难清晰地从实践中剥离出来，或者说，话语也作为一种社会实践或事实成为影响制度形成的重要因素，刑事和解实践及制度化的兴起有着相对应的话语表现形式，但相关话语也同样作为一个重要力量推动着刑事和解的制度化进程。

因此，话语之于行动的意义同样适用于话语之于刑事和解制度化的意义。这一部分基于这样一个理论预设，即所有行动都是在某个话语体系中发生的，离开了其话语的支持，行动便失去了正当性。同样，一个在人类的法律生活中重复发生的法律行为（或现象）出现了制度化的趋势，必然与其相应的话语体系发生改变或扩展密切相关。本部分尝试通过对刑事和解的话语实践进行观察，寻找能够使其制度化的话语因素，并对其种种背景和影响力作出分析。

下面的论述中，既包括传统刑事司法话语背景与新的话语环境，也包括话语对制度化进程的影响。所以，本研究也面临着福柯所告诫我们的概念游戏，也需要“在这些我们已经熟悉的分割或者组合面前采取谨慎态度”。[1]

据福柯的话语概念，话语与权力的行使有着密切的联系。

---

〔1〕［法］米歇尔·福柯：《知识考古学》，谢强、马月译，生活·读书·新知三联书店2007年版，第21页。

福柯认为几乎在任何社会里都存在着多种权力关系。它们渗透进社会团体之中成为社会团体的组成部分，并构成社会团体的特点之一，并且都依靠话语的生成、积累、循环和运作，而使权力建立和巩固。即权力的行使基于建立在这种联系基础之上并通过此种联系运作的特定的真理话语体系。[1] 美国当代法学家梅丽教授在她的《诉讼的话语——生活在美国底层人的法律意识》一书中也参考了福柯的话语概念，声称其著作里的话语具有系统性，与个人的谈话模式无关，它是在文化生成的过程中形成的。一种话语是一种专门的语言，一种特殊的隐语，并在其中包含着一整套具有一定一致性的关于行为的范畴和理论：用于命名事件和人物的一系列词汇以及用于解释行为和关系的某种理论。文化、相互关联的词汇以及社会系统中的意义体系中都包含着话语，从而话语成为文化系统的组成部分，根植于特定的社会制度中，是其文化的载体。行动者在现有的话语结构中活动。[2]

梅丽教授对话语的使用比较具体，她通过对调解和法庭审理过程进行观察，总结出三种不同的话语——法律话语、道德话语和治疗性话语——进行了对比和分析。本研究中使用的话语与前者稍有不同，侧重的是通过对行使和认可刑事和解这一解决方式的权力主体的话语实践进行观察，总结和分析有关刑事司法的话语变迁和今天刑事和解的产生和制度化中的话语力量，从而探究一项制度的产生和制度化的另一层秘密。

---

〔1〕参见［法］米歇尔·福柯：《知识考古学》，谢强、马月译，生活·读书·新知三联书店2007年版，第32～42页。

〔2〕参见［美］萨利·安格尔·梅丽：《诉讼的话语——生活在美国底层人的法律意识》，郭星华、王晓蓓、王平译，北京大学出版社2007年版，第149～151页。

一项制度的产生除了制度因素（包括政治和法律制度背景）和社会因素之外，还有一个很重要的因素，即话语因素。在传统的刑事司法实践中，刑事和解在宽泛的意义上是一个较普遍的刑事司法实践，也可以说是普遍的司法惯习。刑事和解无论在文化传统中，还是在司法传统中，都有一定的根源和形式存在，它似乎与当今盛行的国外恢复性司法和刑事和解等没有多大联系，但是又显然不像如今的高调探索和建构的那样具有较明确的提法、目的和意义，更没有制度化的因素和迹象，它充其量在司法中以司法惯习的形式存在并悄然运作。那么为什么时至今日这些都被提出来了呢，难道仅仅是因为恢复性司法和刑事和解等理念的灌输和影响？对于这些问题，不能简单地归结为某一原因，因为一项制度的确立是各方面因素合力的结果。在前面几章中，对于制度土壤、社会变迁与社会需求、行动者因素等各个方面已做出一番论述，还没有对相关话语因素进行阐述。这是因为话语与制度因素相关，有些方面甚至互为因果关系，但其作为实践的意义与制度实践是并列的。换言之，话语实践在制度的产生和建构的实践过程中扮演了极重要的角色，既是制度实践的影响力量，又是独立的象征力量。实际上，在论述其他方面的因素时，已经零散地提到过各种话语因素，现将其单独列出来，以对刑事和解的制度化作出更详尽的阐释。

二、刑事和解制度的话语背景与相关话语实践

在分析开始之前，笔者认为有两个重要背景需要交待。实践与制度的运行需要相应的话语体系，但这个话语体系并不是凭空产生的，它一定有个扎实的、权威的话语背景和基础。所以，在研究关于刑事和解话语的实践前，需要交待其相应的话语背景。

（一）主流的官方话语

主流的官方话语不会成为我们理论的依据，但往往会成为实践的动力，因为这种权威性的话语会为相关实践提供正当化依据。当中共中央提出“构建和谐社会”的时候，也许谁都没有想到它为日后刑事和解制度的兴起提供了某种合法正当的话语背景，尽管开始的时候这两种事物并没有必然的联系。但毋庸置疑的是，自中央提出“构建和谐社会”以来，“和谐”不但成为社会治理的需求和欲达到的目标，无疑也成为了一种权威的主流官方话语。

中共中央将和谐社会的基本特征概括为“民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处”。于是，消除社会不和谐因素成为一个系统工程。当然，社会不和谐的表现形式和导致不和谐的因素在形式上也是很多的，但至少有一点值得肯定，包括各种社会冲突、纠纷和犯罪等。所以，构建和谐社会的一项基础环节便成为“妥善处理和疏导社会矛盾，化解社会冲突，积极预防、控制和解决纠纷，协调不同群体之间的利益，维护当事人的合法权益”[1]。

社会主义和谐社会的构建作为一项宏大系统工程，涵盖我国社会各个领域和层面的改革和完善。而刑事诉讼作为国家权力运作和化解社会冲突的一个极为重要的场域，“和谐社会”一方面会成为我国当下刑事诉讼中制度改革的指挥棒；另一方面，我国所提出的“和谐社会”与刑事司法所欲实现的法治存在着重大的理念上的关联，这与我国构建和谐社会的总体思路和实

[1] 徐昕：《迈向社会和谐的纠纷解决》，中国检察出版社2007年版，第12页。

现方式密不可分。中共中央将社会主义和谐社会的首要特征概括为“民主法治”并不是无意义的，“民主法治”正是“和谐”语境对流动于社会中的国家权力的一个直接而又现实的期待。[1]

实际上，悠久的中国传统文化中一直贯穿着“天人合一”、和谐等观念。孔子对和谐的表达是“大同”、“小康”：“大同即大道之行也，天下为公，选贤与能，讲信修睦”；而老子表达为“无为而治”、“天人合一”，即人法地、地法天、天法道，以及道法自然。正如梁治平所说：

我们传统文化中的“天人合一”，泛道德化，先王观，“人惟求旧，器惟求新”的新旧纠缠，贤人政治，“政教合一”，法律与道德合一以及富贵合一等许多堪称特色的东西，或者渊源于这一传统，或者与它有密切关联，实际上都是这个家国合一秩序中不可或缺的部分。[2]

但这些还仅仅是观念和文化，属于一种内化的东西，它渗透在社会生活的方方面面，但与我们今天所说的话语并不是一回事。直到前几年提出全面建立“和谐社会”以来，“和谐”逐渐上升为官方话语，不但被赋予了政治色彩，也成为一个社会外化的标志。而刑事和解在中国的实践及其制度化努力，与中共中央提出的构建社会主义和谐社会、科学发展观和维护稳

---

〔1〕 田心则：《刑事诉讼中的国家权力与程序》，中国人民公安大学出版社2008年版，第218页。

〔2〕 梁治平：《寻求自然秩序中的和谐》，中国政法大学出版社2002年版，第34页。

定的大局无疑有着直接的关系。

（二）刑事和解实践中“和谐”话语的运用

调研显示，从笔者走访的司法机关来看，法官、检察官等司法人员都在经验上感受到最近几年刑事案件中和解因素增多，而且都运用“构建和谐社会”等话语来解释刑事和解这一制度的兴起和运用。笔者访谈的几位法官和检察官都在强调近年来和解案件的增多与构建和谐社会的关联性。

另外，对刑事和解实践进行报道的媒体语言也充分运用了和谐话语。下面仅摘录几例典型报道：

刑事和解是贯彻落实宽严相济刑事政策和构建和谐社会的必然要求。今年以来，浙江省嘉兴市南湖区检察院在办理轻微刑事案件中引入人民调解，实现了人民调解与刑事和解的对接，取得了较好的社会效果。（《检察日报》2008 年 10 月 28 日）

（成都）市检察院昨天透露：本市（成都）试行“未成年人案件刑事和解制度”一年来，已在 32 起案件中运用刑事和解，41 名失足少年与被害人“握手言和”，获得从轻处理。（《解放日报》2007 年 4 月 19 日）

一起由民事纠纷引起的轻微刑事案件，在老河口市检察院检察长多次调解下，3 月 12 日终于成功和解。12 日上午，走出看守所的王某，第一件事就是到嫂嫂家向嫂嫂赔礼道歉。她说：“感谢检察官挽救了我，也让我们姑嫂了结了长达 6 年的恩怨。”（正义网，访问日期：2008 年 3 月 13 日）

通过全市（淮南市）侦监干警的共同努力，淮南市检察机关刑事和解工作已经取得了阶段性成果。截至目前，全市因主持双方当事人和解而对犯罪嫌疑人作无逮捕必要不捕处理的案件共计 15 件 17 人，占无逮捕必要不捕总人数的 26.15%，通过

开展刑事和解工作，一方面减少了“构罪即捕”案件数量，另一方面及时化解了社会矛盾，促进了社会和谐。（正义网，访问日期：2008 年 11 月 11 日）

2007 年，广陵区检察院以和解方式妥善处理轻微刑事案件 11 件，不但受到当事人的赞誉，还有效节约了司法资源，实现了社会效果和法律效果的双赢，为广陵古城的和谐安宁作出了积极贡献。（正义网，访问日期：2007 年 11 月 29 日）

这些关于刑事和解的媒体报道随处可见，媒体的立场也十分鲜明，即认为刑事和解这一制度化尝试有很多积极意义，如在修复社会关系、促进和谐社会的建设等方面的作用。报道充分运用了“和谐”这一主流话语。这再一次表明，刑事和解制度的兴起顺应了“和谐”话语的登场和弥散。

（三）西方恢复性司法与刑事和解话语的兴起

随着西方法学理论的引入，法的概念、本质、功能、价值、制度等都在西方法学的知识背景下得到重构。提倡西方化的法律理念以及借鉴西方的法律制度成为过去二十多年中国法学学术和法律实践发展的一个动力。法律形象的西方注释，虽然也引来种种借西方思想和制度来改造中国而使自己丧失主体性的批评，但这种学习和引进的积极作用也是很明显的。[1]

实际上，不管一项制度真正的基础是什么，一个客观事实是，刑事和解的实践者和研究者运用了很多西方话语，为刑事

---

〔1〕 叶传星：“中国法学现代性话语的内质与形态”，载《河北学刊》2009 年第 4 期。

和解做正当性论证。如普遍将西方恢复性司法和刑事和解的理论基础作为中国刑事和解制度的理论基础就是一个证明。最早介绍西方刑事和解理论的当属2001年刘凌梅发表的“西方国家刑事和解理论与实践介评”，[1] 其中介绍刑事和解的三个理论基础，即恢复正义理论、叙说理论与平衡理论。此后，学者发表文章介绍和研究中国的刑事和解时，大多都沿用了上述三个理论基础，也包括部分实务部门的一些人员。这使中国的刑事和解实践看起来完全是从西方参照甚至是移植过来的。

实际上，西方的恢复性司法等理念到中国来之后，确实起到了一定的作用，中国刑事和解相关的理论和实践受到了西方恢复性司法和刑事和解的理念和做法的影响，如有的地方在和解程序中吸收社区因素，给双方当事人创造温馨和谐的环境进行沟通和对话，等等。然而有一点不容忽视，这种西方式的理念和司法模式在中国当今时代背景下，已转换为强大的话语力量，与中国式“和谐”话语一起对刑事和解的制度化建构发挥着建构作用。

在我国当代法治建设和法学研究中，运用西方话语或理论为现实的制度与实践提供理论基础，是一种常见的做法，甚至已成为惯例。不管刑事和解是否真的与西方国家的恢复性司法有所关联，但一个客观事实是，实践者和研究者们都有意识地大量运用西方话语为刑事和解做正当性论证，并普遍将西方恢复性司法和刑事和解的理论基础作为中国刑事和解制度的理论基础；在实践中也确实受到了这些理念和做法的影响。而且，恢复性司法理念也对我国法学界的一些传统或陈腐教条起到了

[1] 刘凌梅：“西方国家刑事和解理论与实践介评”，载《现代法学》2004年第1期。

革命性的颠覆作用，它带来了对受害人权益的重视、对司法程序灵活性的认同、对司法裁量和个案衡平价值的理解、对公权力的能力和效果、局限性的认识等新鲜观念。在这个意义上可以说，恢复性司法等理念确实对中国的刑事和解实践和制度化起到了一定的积极作用，其理念和司法模式在中国的现今时代背景下，与“构建和谐社会”的话语和“宽严相济”的司法政策相互结合，有可能成为中国刑事和解的制度化建构的基本理论。

但是，同时也需要看到，事实上，恢复性司法以及其他源于西方的理论及实践，与中国的刑事和解存在明显的差异，前者并非后者的理论基础或依据。恢复性司法，是对犯罪行为作出的系统性反应，它着重于治疗罪行给被害人和社会带来的或者引发的伤害，以恢复原有社会秩序为目的的犯罪矫治实践或计划，主要通过以下几个方面得以体现：①确认并采取措施弥补违法犯罪行为带来的损害；②吸纳所有的利害关系人参与其中；③改变应对犯罪行为时社会与政府之间的传统关系。[1] 恢复性司法的具体表现形式包括：被害人与犯罪人之间的和解；由被害人、犯罪人及其他人参加的协商；由被害人、犯罪人及多方参与的圆形会谈；等等。自 20 世纪 70 年代始，在西方国家，在刑事司法领域相继启动“恢复性司法”政策，逐渐将关注的重心转移到“被害人及社会因犯罪行为所带来的损害”上，很多国家都积极采取了各种尝试和制度创新。1985 年联合国批准的《为罪行和滥用权力行为受害者取得公理的基本原则宣言》中要求尽可能用非正规的解决方式，如调解、仲裁、常理、公

---

〔1〕［美］丹尼尔·W. 凡奈思：“全球视野下的恢复性司法”，载《南京大学学报》2005 年第 4 期。

道或地方惯例协助调解和向受害者提供补救；2002 年 4 月，联合国预防犯罪和刑事司法委员会第 11 届会议在维也纳通过《关于在刑事事项中采用恢复性司法方案的基本原则》的决议草案。

尽管我国理论界普遍认为中国的刑事和解是在恢复性司法的大背景之下产生的，在理念上与恢复性司法的理念、旨向相近，许多尝试和实践也存在重合和相通之处，或者可以说是其表现形式之一。但二者无论在范围、社会背景、政策依据、制度设计等方面都存在显著的差异。

总之，我国刑事和解的理论基础具有一定的综合性和特殊性，将其简单归结为恢复正义理论、叙说理论及平衡理论，与直接将构建和谐社会的意识形态作为理论基础一样，在一定程度上反映出法学界理论和思想的贫乏，尚无力构建一种能够为中国刑事和解实践和制度提供指导和正当性依据的系统理论。这也说明了我国理论界对刑事和解问题的研究任重而道远。

（四）国内实务界和学术界对恢复性司法话语的运用

刑事和解制度的兴起与原来的许多制度不一样的一点在于：理论和实践的同时发展，尤其值得注意的是有很多刑事和解的理论探索是由实务部门开展的。因此，国外的恢复性司法不但成为部分实务部门借鉴的对象，更作为一种话语运用到刑事和解实践中。

（1）直接将国外的恢复性司法理念借鉴过来，在实践中明确贯彻恢复性司法理念。

2008 年 8 月 21 日，广西南宁市检察院出台了南宁市兴宁区人民检察院《关于刑事和解工作的若干规定（试行）》，并总结出四个工作方法，其中第一个工作方法是“践行‘一个理念’切实贯彻好宽严相济刑事司法政策。”“‘一个理念’就是恢复

性司法理念。恢复性司法是指与某一特定的犯罪行为有利害关系的各方聚在一起，共同解决如何处理犯罪后果及其对未来的影响问题的过程。以这一理念为指导，在刑事和解工作中积极鼓励、引导犯罪行为人、被害人或者家属真诚沟通、充分协商，既为被害人得到赔偿和精神补偿提供充足的机会，也为犯罪行为人的改造新生提供了新的机遇和空间，同时深入犯罪行为人所在社区、村委、学校，说服相关人员对其不歧视、不改变其生活现状，参与、帮护其改造。”[1]

很显然，南宁市检察院在开展刑事和解实践中，明确将恢复性司法理念作为指导。它的特点在于，除了将恢复性司法作为话语为自己的实践尝试做正当化论证，也是将恢复性司法理念作为自己制度实践的理念，如强调沟通、协商，以及社区和单位的作用等，并与宽严相济刑事政策结合在一起。

（2）对相关实践直接冠以“恢复性司法”名称。最为典型的是江苏无锡市两级检察院的“恢复性司法”实践。在经过反复实践和理论探讨之后，出台了无锡市人民检察院《关于开展恢复性司法工作的规定（试行）》。

该规定一是明确恢复性司法的目的是尽可能使遭受破坏的社会关系得以修复，促进社会和谐发展，而不是无原则的调解或出于息讼目的的压制性调处；二是强调从对事实、法律负责到对社会负责，从重打击轻保护到打击和保护并重转变的办案理念；三是确立检察机关适用恢复性司法必须遵循自愿、平等

〔1〕郭魏、陈立毅：“践行恢复性司法理念　服务和谐社会建设”，载《法治快报》2009年5月13日，第005版。

保护、获得律师、监护人帮助及和谈不成不为过等基本原则；四是言明恢复性司法的适用范围；五是规定辅助配套实施制度。[1]

（3）并没有直接引用恢复性司法话语，但是对它的运用散见于具体实践中。这种情况在中国现阶段的刑事和解实践中非常普遍。比如，有的司法机关在对一些邻里、亲属之间的纠纷引起的轻伤害案件或者其他类型的轻微刑事案件采取刑事和解措施时，往往将“为了恢复当事人之间的和谐关系”、“通过和解，化解了当事人的积怨”、“恢复了生产生活”等具有恢复性司法意味的话语作为刑事和解措施的正当化论证。

（4）相对实践部门的恢复性司法话语的运用与实践，法学界运用与论证恢复性司法话语的状况更为突出。首先，很多学者认为中国的刑事和解实践就来源于西方的恢复性司法；其次，很多学者认为刑事和解的理论基础就是西方恢复性司法的恢复正义理论、叙说理论、平衡理论等三个方面；最后，也深知中国的刑事和解实践自有本土的基础和逻辑，但在论证其制度正当性的时候，也会运用恢复性司法话语，这也许是巧合，因为恢复性司法确实弥补了传统刑事司法理念的不足，只要认真反思中国的现实问题和传统刑事司法理念，都会有意无意地契合恢复性司法的话语导向。

---

〔1〕 江苏省无锡市人民检察院：“无锡市检察机关恢复性司法工作总结”，载宋英辉、袁金彪主编：《我国刑事和解的理论与实践》，北京大学出版社2009年版，第100页。

三、关于刑事和解的话语冲突

从话语层面上看，刑事和解制度本身所蕴含的和解、协商、补偿等因素恰好顺应了当今的主流话语背景，所以刑事和解制度得以大张旗鼓地走向制度化。但是，刑事和解制度自提出之日起，便伴随着各种争议和冲突，细究起来，话语层面体现得更为突出。当今的主流话语背景，在原有的法治话语体系中还没有找到真正位置，而且造成了与原有的话语结构产生了冲突。

（一）“惩罚”话语与“补偿”话语

“惩罚”是社会控制的一项重要内容。而在国家司法场域中，尤其在刑事司法场域中，惩罚既是主体内容，亦是主流话语。罪过与惩罚、犯罪与刑罚是相对应的，违反规则、触犯刑律受到惩罚是天经地义的。“一个人必须为自己的行为付出代价”，犯罪就要受到惩罚，民间的因果报应观念，都是关于惩罚正当性的话语表达。

而对于犯罪与惩罚，随着时代的变迁，其含义也发生了许多变化。犯罪本身是建构的，是人为的文化建构[1]。按照涂尔干的观点，犯罪是对某种集体意识的侵害。“这种捍卫集体意识的力量，首先来自社会，然后被国家所强化。”[2] 所以，是国家对社会性犯罪意识通过刑事法律进行了强化，并将惩罚化约为主要对人身自由的限制或剥夺，逐渐形成了一套独特惩罚话语体系。

---

〔1〕 参见强世功：《惩罚与法治——当代法治的兴起（1976～1981）》，法律出版社2009年版，导言。

〔2〕 强世功：《惩罚与法治——当代法治的兴起（1976～1981）》，法律出版社2009年版，第5页。

传统的刑事司法体系中，惩罚话语，人们看重的以及司法看重的都是关于惩罚的内容。刑事诉讼就是关于定罪量刑的，通过这样一个诉讼程序，来决定被告人是否犯了罪，是否应该惩罚，以及如何惩罚的问题。

自国家诞生起，作为国家权威的象征——惩罚权力便诞生了，惩罚是国家治理策略的一部分，国家通过惩罚的威慑力和强势话语治理社会、治理它的人民。这个话语通过国家刑事法律的制定和颁布，更加获得了强化。

首先，在立法的层面，惩罚话语的最大体现就是那些明确宣称。《刑法》第1条规定："为了惩罚犯罪，保护人民，根据宪法，结合我国同犯罪作斗争的具体经验及实际情况，制定本法。"第2条规定："中华人民共和国刑法的任务，是用刑罚同一切犯罪行为作斗争，以保卫国家安全，保卫人民民主专政的政权和社会主义制度，保护国有财产和劳动群众集体所有的财产，保护公民私人所有的财产，保护公民的人身权利、民主权利和其他权利，维护社会秩序、经济秩序，保障社会主义建设事业的顺利进行。"与刑事实体法律相配套，《刑事诉讼法》第1条规定："为了保证刑法的正确实施，惩罚犯罪，保护人民，保障国家安全和社会公共安全，维护社会主义社会秩序，根据宪法，制定本法。"第2条规定："中华人民共和国刑事诉讼法的任务，是保证准确、及时地查明犯罪事实，正确应用法律，惩罚犯罪分子，保障无罪的人不受刑事追究，教育公民自觉遵守法律，积极同犯罪行为作斗争，以维护社会主义法制，保护公民的人身权利、财产权利、民主权利和其他权利，保障社会主义建设事业的顺利进行。"

很显然，在立法层面上，已经确立了关于惩罚的话语。不管惩罚是什么样的，不管随着社会的变迁，惩罚的面貌和概念

发生了多少变化，惩罚永远是个合法的、正当的话语，并为合法正当地实施惩罚所服务。

其次，不但在立法层面上已经明确确立了关于惩罚的话语，在刑事司法实践层面，也处处宣告着“惩罚”是刑事法律体系的永恒主题。众所周知，惩罚仅在新中国就经历了一个从剧场化到隐蔽性，从政治性、意识形态化到专门化、理性化的过程。[1] 而根据强世功的分析，随着“文化大革命”接近尾声，惩罚渐渐实现了职能化和专门化，其中包括“惩罚的对象（包括罪犯）仅仅限定在依照明确的可预见的尺度所界定的对象上，在‘法与非法’、‘罪与非罪’之间有严格的限制”，以及“惩罚的技术仅仅限于法律明文规定的惩罚方式。而且对这种技术的行使都有明确的限定，对这种技术的滥用或误用都可以在法律中获得救济（如后来发展起来的国家赔偿制度）”。[2] 所以，这种惩罚的职业化或专业化要求惩罚的尺度要确定明确，换言之，很多在法律中规定的行为要么惩罚、要么不惩罚，绝少有中间状态。在这样的话语体系中，很难想象犯罪的人还有其他方式的救济，更难有其他话语存活的空间。[3]

但刑事和解制度的相关话语就不一样了，它关注的是犯罪嫌疑人、被告人是否能够与被害人达成协议，是否能够赔礼道

---

〔1〕 强世功对此作了非常详尽的梳理和研究，请参见强世功：《惩罚与法治——当代法治的兴起（1976～1981）》，法律出版社2009年版。

〔2〕 强世功：《惩罚与法治——当代法治的兴起（1976～1981）》，法律出版社2009年版，第196页。

〔3〕 对此，有人可能说刑事附带民事诉讼就是关于赔偿的，但持有这个观点的读者请注意，它归根到底是民事诉讼，它根据刑事诉讼中所确定的刑事责任来判决被告人是否赔偿被害人，赔偿多少的问题，而不是相反。而且，在犯罪与刑罚为主题的刑事诉讼中，赔偿只是一个附带品，除了被害人，也许并没有引起多少人的重视。

歉、认罪悔过、赔偿损失，并得到被害人的谅解等问题。与传统的惩罚话语比较起来，更突出的是赔偿话语，当然，也可以说是补偿话语，因为补偿中既包括物质赔偿，也应包括精神补偿。赔偿话语/补偿话语的出现意味着将人们的视线从只关注对犯罪的惩罚和打击转移到对被害人的物质赔偿、精神补偿等补偿方面。

因此，暂且不论制度层面或者实践层面如何，仅在话语层面上，刑事和解的补偿话语/赔偿话语确确实实挑战了一直以来占主导地位的惩罚话语。

（二）权利话语与和谐话语的短兵相接

“权利话语”在中国法制建设的过程中逐渐形成，并逐渐替代了“阶级斗争话语”，逐渐走进“走向权利的时代”[1]。话语在时代的大背景中形成，而且一旦形成便会成为一个独立的力量在制度的运行和社会生活中发挥巨大的作用。“权利话语”在当时的公民权利意识淡薄、官方不尊重公民的权利的中国社会中及时地出现，并在法制建设的过程中发挥了很大的作用。一段时间关于“为权利而斗争”、“权利本位”的话语弥散在中国法律实践中，甚至延伸至社会的方方面面。而这种权利话语表现在刑事领域中就是不仅强调对犯罪嫌疑人权利的保护，而且关注受害人的权利和利益。这在改变中国法制传统中的“有罪推定”、“重实体、轻程序”等有悖于现代法治的观念方面，意义重大。

权利话语适合于多种情况，“在权利保障机制尚未起步的时

---

〔1〕参见夏勇主编：《走向权利的时代》，社会科学文献出版社2007年版。

候，‘权利话语’可以提供一个正确的舆论导向”[1]，但是就像有些学者认为的那样，权利话语缺乏社会科学的支持，在解决具体法律问题或制度问题时力度不够。[2]

因此，和谐话语的出场正好弥补了权利话语的弱点，但是关于刑事和解的争议也恰恰是在这个层面发生的，即支持刑事和解制度的重要话语“和谐”带来了很多人的质疑。按照权利话语的逻辑，在刑事案件中，要通过诉讼程序保护被害人的权利，而达到这个目标的唯一途径就是必须按部就班地走完诉讼程序。只有经过法院的审判才能确定被告人是否有罪，从而确定是否赔偿被害人的损失，赔偿多少等问题。如果采用刑事和解，就意味着认可了“有罪推定”，在象征意义上侵害了犯罪嫌疑人、被告人的权利。并且一旦不追究犯罪嫌疑人、被告人的刑事责任，则意味着有可能侵害了被害人的权利。

尽管和谐话语也一样缺乏社会科学的支持，但毕竟顺应了一定的现实需求，从而弥补了权利话语的弱点。

（三）从报应话语到恢复话语

关于传统刑事司法理念，尽管一直有着报应论、预防论、威慑论等争论，但稍加观察现行刑事司法体制以及社会和民众的普遍观念，就可发现占主导地位的仍然是报应话语。而刑事和解在话语层面上由恢复社会关系、实现社会和谐等恢复话语占主导。所以，刑事和解制度与原有刑事司法体制在话语层面产生冲突似乎是必然的，例如：有学者认为，传统刑事司法体

---

〔1〕 桑本谦：《理论法学的迷雾——以轰动案例为素材》，法律出版社2008年版，第10页。

〔2〕 典型的如桑本谦的论证，参见桑本谦：《理论法学的迷雾——以轰动案例为素材》，法律出版社2008年版，第1章。

制建立在现代报应理论和校正理论的基础之上，而刑事和解则建立在恢复性正义的基础上，“二者在司法的价值关注、参与主体、制度功能、运行环境、游戏规则等方面的理解，渐行渐远，在对比中，传统司法的缺憾与不足得到透视”。[1] 也有学者认为现行的司法是“以恶制恶、恶恶相报”的报应观念为中心的司法，而刑事和解是以“以善制恶、追求和谐”的修复理念为中心的司法。[2]

（四）“道德的法律化话语”与“法律的道德化话语”

1. 刑事和解中道德话语的复苏。在上文中已提到，至少新中国的国家惩罚经过了从政治化向职业化或专门化发展的过程。法律和司法的专门化与独立性越来越被强调，司法机关日益专门化，司法官员也开始强调自己的专业素质；道德和法律的分野也开始被强调。在实践中，关于道德的问题会被转换为法律问题。在电影电视中似乎也开始流行这种法律文化，经常会看到有些善良人因为一时冲动或者出于善良的动机而触犯了刑律，但作为专门化的、权威的法律制度，必须要将其“绳之以法”才能够体现其公正性。法律的刻板、冷冰冰的形象日渐深入人心。但是，有些道德问题，必须转化为法律话语才变得正当，反之便会失去正当性；有些情况本身属于道德问题，却只有将其转化为法律问题才能够救济。而刑事和解制度强调的是当事人之间的社会关系的恢复，比起权利话语来，更加灵活，更具道德色彩。

---

〔1〕 杜宇：“转型社会中的‘刑事和解’：问题与解释——一种规范研究的进路”，中国人民大学2007年博士后出站报告。

〔2〕 黎宏：“刑事和解——一种新的刑罚改革理念”，载《法学论坛》2006年第4期。

2. 罪刑法定原则与刑事和解。罪刑法定原则的基本含义为不依照法律的规定，不得定罪处罚任何人。罪刑法定既包括立法方面，也包括刑事司法方面的要求，即关于犯罪和刑罚的制定与适用都必须严格地遵循法律的规定。只有依照行为人行为时的法律，才能对行为人的行为定罪并对行为人判处刑罚。[1]这看似是对入罪方面的要求，其实，罪刑法定也具有一定的出罪功能。法定的罪刑不但要求"法无明文规定不为罪"、"法无明文规定不处罚"，同样也暗含着有了明文规定的罪与罚一定要严格执行。

相比较而言，刑事和解的案件处理模式比较灵活，它要综合当事人是否达成和解，加害人是否认罪道歉，是否积极补偿了被害人的损失等因素，再来决定是否追究其刑事责任。正如有的学者认为的那样："而刑事和解的处理模式是灵活的，不拘泥于现有绝对化的实体性规定，甚至有去刑化的倾向，在最终实体处分时则作出低于法定刑的处罚或者免除处罚，这在一定程度上违反了罪刑法定原则，也有损司法的尊严。"[2]

3. 同罪同罚与刑事和解。在传统的刑事司法观念中，同样的罪行，应受到同样的惩罚。但刑事和解突破了这种罪与罚相应的观念，只要双方当事人达成刑事和解，加害人能够做到赔偿或补偿被害人的损失，恢复被破坏的社会关系，就可以不受到法定的刑罚处罚，或者从轻减轻处罚。"刑事和解中的犯罪人往往只承担赔偿、道歉、社区劳动等责任形式，严厉程度低，

---

〔1〕 曲新久：《刑法的精神与范畴》，中国政法大学出版社2000年版，第358页。

〔2〕 孙勤：《刑事和解的价值分析》，中国人民公安大学出版社2009年版，第5页。

无法与犯罪的严重性相均衡。在社会公众看来，犯罪人以赔偿代替刑罚，是典型的‘以钱买刑’。”[1] 这种关于“以钱买刑”、“花钱赎刑”等质疑一直伴随着刑事和解的制度实践，甚至遭到很多学者严厉的批评。

4. 法律面前人人平等与刑事和解。除了有些案件中，当事人之间通过赔礼道歉、真诚悔过等态度获得谅解之外，大部分案件中，加害人向被害人悔过的重要途径之一便是经济赔偿。所以，在经济能力不同的当事人之间便形成一种新的不平等。在局外人，尤其是民众看来，刑事和解变成了有钱人的制度，穷人则没有机会采用刑事和解。所以，仅在话语层面，刑事和解是一个有悖于平等话语的制度。

（五）从国家追诉主义到纠纷解决主义

传统刑事司法领域中，犯罪被认为是个人对国家利益的侵害。按照涂尔干的观点，犯罪就是个体对集体意识的侵害，国家是社会的派生物，国家存在的合理性就在于它对集体意识的维护，“因此，那些直接针对个体人身或财产的犯罪（比如抢劫、强奸、凶杀等）所激起的民众的强烈愤怒和不满，就自然会通过国家表达出来”。[2] 而现代社会中占主导地位的观念为，统治阶级通过惩罚罪犯而维护社会公共利益，并同时维护自身的统治利益。与此相应，面对犯罪，实行的是国家追诉主义，将追究犯罪、惩罚犯罪的权力垄断在国家的司法权力之下。当然，自诉制度只作为公诉制度的例外存在于刑事司法体制中。

---

〔1〕 孙勤：《刑事和解的价值分析》，中国人民公安大学出版社 2009 年版，第 5 页。

〔2〕 参见［法］埃米尔·涂尔干：《社会分工论》，渠东译，生活·读书·新知三联书店 2000 年版，第 2 章。

而刑事和解制度的产生，对国家追诉主义带来了一定程度的反思。有观点认为刑事和解制度意味着犯罪被认为是个体之间的刑事纠纷，国家刑罚只体现了国家追诉犯罪的威慑力，并在一定程度上替被害人实现了报复欲望，而关于物质方面的赔偿、精神方面的抚慰、真正的化解恩仇等并不见得实现。所以刑事诉讼只是惩罚犯罪的途径，而并不是解决纠纷的方法。而刑事和解却着重解决犯罪人与被害人之间的冲突和恩怨，从而带来了一场纠纷解决与国家追诉主义之间的冲突。

四、小结

刑事和解制度自产生之日起便伴随了种种质疑与冲突。那么，这种质疑和冲突哪些属于现实层面面临的问题，哪些属于话语层面上的？对这一问题的不同回答，对刑事和解所得出判断就会不同。为了回答这个问题，便有了这一章的内容：在话语层面，当今中国的主流官方话语以及铺天盖地而来的西方恢复性司法和刑事和解的话语给中国刑事和解的运作提供了强有力的背景和支持，但这种关于刑事和解的话语实践又与传统法治及刑事司法话语产生了这样或那样的冲突。如此看来，关于刑事和解制度的争议和冲突更多地属于话语层面上的。原因在于，正如传统刑事司法的实践与话语之间存在一定的背离，当代的刑事司法实践关于刑事和解的实践与话语表达也是相背离的。[1] 所以，中国刑事和解顺应了新发展的一些主流话语——如和谐话语，而与传统的一些刑事法话语——如惩罚话语产生

---

〔1〕 在这里对表达与话语两个概念是区分使用的。表达是关于实践的官方态度和表达；话语既包括关于制度和实践的官方表达，更包括关于制度的正当化论证和权力语境。

了冲突。相比较而言，中国刑事和解由于有一定的制度空间和基础，在实践层面的困境不是太明显，即使有实践困境主要也是由话语方面的困境和冲突所造成的。

总之，中国刑事和解的制度化实践必然伴随着话语实践的正当化论证和对外表达，并反过来也对其制度化实践发生着影响。刑事和解的制度化实践中，行动者与国家都各自有其逻辑，而话语层面上的逻辑却是另一道风景。虽然话语逻辑归根到底遵循行动者逻辑与国家逻辑，但毕竟有其独立性，以其独立的力量参与到这一制度化实践中。在我国原有的刑事司法实践中，类似刑事和解的实践以惯习的形式存在，如今的制度化实践是对此的强化、扩大和明确化。所以，尽管在现实和实践层面也会产生一定的困难，但相比较而言，话语层面上的冲突和矛盾则更为突出，甚至某些制度困境直接来源于话语层面的冲突和矛盾。



第七章 总结与探讨

博弈是制度形成的重要因素，制度往往是博弈的客观结果，但是这并不排除理性建构的作用。博弈过程在开始可能是盲目的，由于博弈各方对信息、价值和后果缺乏理性认识，有时所选择的甚至是最差的方案，因此不得不反复进行博弈。但是一旦各方能够明确自己的利益所在，就有可能作出理性的选择及必要的让步，承担应有的代价。而一旦决策者对博弈的结果开始有了理性的认识，制度建构的时机就臻于成熟了。[1]

——范愉

一、总结：刑事和解制度是如何形成的？

本研究在考察中国现阶段刑事和解的制度化实践的基础上，全面分析了其制度化进程背后的三种逻辑。通过对制度化实践的实证考察与制度基础的分析，并分别就其历史文化渊源和对一个边境牧区的刑事和解实践进行了法人类学式的考察，因此

〔1〕 范愉：《纠纷解决的理论与实践》，清华大学出版社2007年版，第452页。

前三章可被视为对刑事和解的制度化实践的描述与追根溯源。而通过对刑事和解制度背后的深层逻辑的分析，展示了在刑事和解制度化进程中的三种不同逻辑各自的运作和互动关系，即行动者、国家与话语层面上的各自的运作逻辑以及相互关系。实践由不同主体的行动逻辑所构成，有实践便会有相应的话语，而在行动者的实践与话语实践运行的同时另有一个不动声色的主体——国家——在或明或暗中、积极与被动中发挥着主导作用。因此，后三章也可视为对刑事和解制度化实践的一种解释框架的探索。

1. 刑事和解在司法实践中逐渐尝试推行，并充分显示出制度化的趋势，但现阶段仍处在不断探索和试错的阶段，尚未成为统一的正式制度。尽管在刑罚轻缓化、恢复性司法等国际潮流中兴起，但通过对过去的刑事司法实践和如今的制度化实践进行对比和分析，可以明确其并非从国外移植而来的制度或者中国司法机关超越法律的全新创制，而是有着一定的制度基础。

2. 对刑事和解制度化实践的一种解释框架：行动者逻辑、国家逻辑与话语逻辑。一项制度的形成不但需要上述制度基础作为前提，更需要具备更多主体的参与和社会政治各个方面的条件。制度的形成是一个众多因素错综复杂、交错互动的过程，是众多必然与偶然因素的混合。刑事和解在中国的制度化过程告诉我们，制度的形成并没有预先设计的轨迹，理论的作用也没有人们想象的那样巨大，它的所有推动力来自社会及其各种不同主体在日常社会生活中为了解决一个个具体问题的过程中产生的能量。关于刑事和解的制度基础和历史文化根源是前提，而行动者逻辑、国家逻辑与话语逻辑从各自的方面对刑事和解的制度化进程发挥着作用。①刑事和解制度化实践中的行动者逻辑。无论理论解释如何，制度中的每一个主体，都是根据自

身的立场及利益采取行动，这种行动中既包含着现实中的最真实的生存逻辑，也结合了一定的道德观念。这种不同主体所遵循的生存逻辑呈现出黄宗智所谓的“实用道德主义”倾向。②实际上，刑事和解的制度化实践中必然蕴含着深刻的国家逻辑，也即国家治理逻辑，因为刑事司法制度是国家进行治理的重要手段，其对刑事案件的控制与放权都是出于治理的考虑，这里既包括被动采取的措施和策略，也包括主动采取的措施和策略。换言之，任何正式制度的运行都依赖于国家的作为或者不作为，而在刑事司法体系中的任何作为都要依赖于作为权力技术核心的惩罚权力的作为或者不作为。所以，在似乎摈弃了惩罚主题的刑事和解制度中，我们必须注意到它赖以生存和实现的惩罚权力：它并没有舍弃贯穿在整个刑事司法体系中的惩罚主题，而是将惩罚的技术变得更加隐蔽、更加温和，以及更加有效。它修正了刑事司法的某些传统理念，改变了关于惩罚方式的一种认识，改变了国家与个体之间的某种权力关系，却始终没有动摇国家的惩罚、治理等的权力根基和自身地位。③制度的运行往往辅以理论上的正当性论证和引导，以及关于这项制度实践的话语表达，从而使整个社会制度保持着制度和话语的一贯性和连贯性，这便是制度的话语逻辑。刑事和解制度的兴起顺应了“和谐”等当今中国的主流话语，而与刑事司法的传统话语如惩罚、报应等话语发生了冲突。而这正说明了刑事和解的制度实践发生的困境更多的是由于话语层面的冲突导致的。

3. 对这些解释因素进行分析和阐述之后，紧接着会面临一个问题，即这些因素之间的关系问题。上文中曾提到这些因素之间是错综复杂的，并在冲突与对立中是互动的，但我们的经验观察告诉我们，刑事和解的制度化在中国已经成为社会事实，

这也恰恰说明了尽管几个因素之间难免具有对立与冲突，但毕竟是殊途同归，甚至在大部分情况下，是各个因素之间的共谋推动了刑事和解的制度化进程。缺少其中哪一项都有可能改变这种制度化的面貌。如果再细化一点，即刑事和解的制度基础和是直接前提，而直接基础往往意味着它是制度形成的最表层的因素。真正的制度创造者实际上是各个利益主体和行动者，历史是在主体的行动中推进的。在各个主体行动的利益考量、相互博弈等过程中显示出制度运作的最为真实的生存逻辑，比如司法机关和司法官员会为了做到真正的案结事了，加害人为了表达自己的忏悔而获得轻判，被害人为了获得自己利益的最大化，甚至学者在学术利益与社会责任感的夹缝中采取的各种行动和呼吁，民众为了获得安全感或者道德感的宣泄，等等，都是一些在正式的话语表达中很少出现的东西，但恰恰是这些，正是制度赖以存在的真实基础，而且行动者逻辑作为对社会需求最直接的表现而决定着制度的产生和发展；话语逻辑实际上是与实践逻辑形成了一个问题的两面。行动者逻辑在某种意义上就是实践的逻辑，所以关于刑事和解的制度化实践必然伴随着话语实践的正当化论证和对外表达，并反过来也对其制度实践发生着影响；而在这一切的背后，必定存在着国家惩罚权力的让渡或者认可等事实，因为惩罚不但是贯穿了整个刑事司法体系的主题，也是国家权力技术的重要内容，刑事和解作为在刑事司法体系也即在惩罚逻辑中发生的制度性事实，与惩罚有着密切的关联，从而也受着国家惩罚权力的支配。而刑事和解的惩罚逻辑也作为制度发生的政治性因素而对刑事和解的产生和发展发生着重大的影响作用。

4. 在对刑事和解制度的形成进行描述与解释的过程中，本研究也回答了导论中所提出的几个问题。①刑事和解制度化趋

势的原因在于：制度基础；加之在社会需求的持续增长的情况下，各个利益主体出于自身的利益或者责任感等大量进行的博弈与探索；现今话语的支持；以及国家治理策略的变迁。②传统的刑事司法实践中，有着大量的和解与调解现象，由于没有明确的提法和直接法律依据，相对于制度化的刑事和解，以司法惯习的形式广泛存在。近年来关于刑事和解的制度化实践与此司法惯习密切相关，而与西方的恢复性司法和刑事和解实践并无必然关联。③中国现阶段的刑事和解实践并没有统一的理念和原理，在实践中更多地呈现出“实用道德主义”倾向，在制度实践中，主要依靠各个利益主体的博弈和平衡，以及探索，更多地凸显了社会各方司法实践的实用主义倾向。而在刑事和解的话语实践中，则呈现出较为明显的道德化方向，如和谐话语与恢复话语对社会的道德秩序的重视和重拾。④关于刑事和解制度的争议和冲突主要是话语层面上的。原因在于，原本传统刑事司法的实践与话语之间存在一定的背离，当代的刑事司法实践关于刑事和解的实践与表达也是相悖离的。所以，刑事和解顺应了新发展的一些主流话语——如和谐话语，而与传统的一些刑事法话语——如惩罚话语产生了冲突。相比较而言，由于有一定的制度空间和基础，在实践层面的困境不是太明显，即使有实践困境主要也是由话语方面的困境和冲突所造成的。⑤在国家与刑事司法产生的早期，国家显然将民间的报复逻辑纳入主要的刑事司法体系中，将赔偿性样式作为辅助的制度形式设立了刑事附带民事诉讼制度。而这种让犯罪人付出双重代价的（受刑罚的惩罚与作出民事赔偿）制度显然与民间的选择性样式有所不同，也许正是因为这个原因，长期的刑事司法制度保证了社会秩序等功能之外，对于个体的补偿和满足中始终存在着功能不畅。然而，综观人类的刑罚史，关于惩罚的技术

从远古时代的野蛮、粗糙的公开、肉刑逐渐向隐蔽、温和的方向发展，直至刑事和解制度的出现，惩罚这一贯穿国家权力的整体性社会事实，呈现出多种不同面貌。实际上，其惩罚技术演进的背后，是国家治理技术的演进和发展，而我们在此过程中看到了日渐精细、日渐成熟的国家权力。因此很显然，在似乎摈弃了惩罚主题的刑事和解制度中，我们仍然不应忘记它赖以生存和实现的惩罚权力，它并没有舍弃贯穿在整个刑事司法体系中的惩罚主题，而是将惩罚的技术变得更加隐蔽、更加温和，以及更加有效。它修正了刑事司法的某些传统理念，改变了关于惩罚方式的一种认识，改变了国家与个体之间的某种权力关系，却始终没有动摇国家的惩罚、治理等的权力根基和自身地位。

二、探讨：制度化的挑战与应对

制度的形成遵循现实逻辑，与中国法律制度呈现出的特点一样，刑事和解制度的产生与运作遵循现实逻辑。但是在整个法律制度本身看来，它毕竟是一种新生事物，会给原来的制度逻辑与理念等带来某种程度的不适应，如刑事和解的制度化实践在理论界引起的一系列讨论，对传统刑事司法理念的反思，对犯罪概念及民刑区分的反思，等等。所以，在这个现实的刑事和解制度化趋势的背景下，法律制度本身面临着一定的挑战，这个挑战更多的是理论上的。范愉教授在论证多元化纠纷解决机制时，曾指出当代多元化纠纷解决机制是社会生成（自然生成）与国家理性建构相结合的产物。[1] 与此相似，刑事和解制

---

〔1〕 参见范愉：《纠纷解决的理论与实践》，清华大学出版社2007年版，第4章。

度也将是社会生成与国家理性建构相结合的产物。那么，面对社会变迁与刑事和解制度化的出现，法律应如何应对？

值得注意的是，直到这一部分之前，本书所观察和阐述的都是客观存在和发生的社会事实，无论是经验分析还是理论分析，都将关于刑事和解的制度、话语实践作为“就在那里”的社会事实来研究，而且这一内容占用了本书绝大一部分的篇幅。如果说上述部分研究的是法律的实然层面，而到了这一部分，似乎可以说已涉及了法律的应然层面了。在实用道德主义的运作下所发生的制度变迁及新的制度建构必然遇到如何应对新的制度和新的变迁的问题。尽管刑事和解制度的产生为传统刑事法律制度的统一和确定性理念带来了诸多难题，并由于尚未制度化而未能摆脱实践中的混乱和各界的质疑声，但仍然不能抹杀它带来的一系列积极的挑战和机遇。比如，为刑事法律制度注入“和谐”、“恢复”等理念，合作性司法对传统对抗性司法的辅助，恢复性司法对传统报应性司法的补充和修正等，都是值得期待的。尽管理论乃至人为的制度建构的作用十分有限，但对于制度的良性发展及与原有法律秩序的协调等方面还是有着一定作为的。

（一）与传统刑事司法的理论调适

传统刑事法律制度遵循“罪刑法定”、“有错必究、有罪必罚”、“同罪同罚”等原则或理念。而刑事和解注重当事人合意、被害人的意愿和选择、根据达成和解的情况予以处理等。刑事和解的制度化实践与传统的刑事司法理论发生的矛盾，尽管都是话语层面上的矛盾冲突，或者可以说是理论不适应，在制度建构和运作方面会带来不必要的麻烦。只有经过与传统刑事司法的理论调适，才能够解决那些难题。

1. 支持派与反对派的理由。对于刑事和解，虽然不乏众多

赞同者，但毕竟伴随着诸多质疑声。这并非中国刑事司法中独有的现象，在其他采用刑事和解制度的国家中普遍存在，戴维·奈尔肯曾对这一现象作出过论述，认为此种“调解机制”引起广泛的争论有三个方面的原因：其一，由于这种“调解机制”的概念定位既内在于刑事司法体系、又外在于刑事司法体系，所以这种双重定位因此被人批评为，刑事司法窝巢中“一只概念上反复鸣叫的布谷鸟”；其二，其组织地位或者机构定位与大量的刑事司法机构相联系，受刑事司法机构的影响，又试图影响刑事司法机构；其三，调解和补偿机制从不同的利益中寻求支持，或者说机制的支持者要求实现不同的利益，但是这些不同的利益经常会伴随着相互冲突的动机。而恰恰是由于这一点，这一机制或制度又满足了不同群体的不同需求。[1]

不过，无论是刑事和解的赞成者，还是质疑者，占一定比例的学者都持有十分接近甚至可以说是相同的理论前提：即刑事和解是对传统刑事司法的突破，它贯彻的理念和功能甚至从根本上颠覆了传统刑事司法理念。支持者认为传统刑事司法的国家中心主义、视犯罪为对国家与社会的侵害、基于报应理念与预防理念之上都是应该批判的，而刑事和解的“当事人主义”、视犯罪为公民之间的刑事纠纷、基于恢复正义理念与和谐理念，恰恰与传统刑事司法形成鲜明的对照，是对传统刑事司法理念的颠覆；反对者也认可刑事和解与传统刑事司法理念的上述差异，但他们出于对传统的如“法律面前人人平等”、“罪刑法定”、刑罚的一般预防及法治的普适性等的捍卫，而质疑刑事和解的平等性、合法性及严肃性。①传统刑法理论认为犯罪

---

〔1〕 参见［意］戴维·奈尔肯编：《比较刑事司法论》，清华大学出版社2004年版，第292页。

是个人对国家的侵犯，所以犯罪冒犯的利益不仅仅是被害人的，更重要的是国家的秩序、安全等利益，从而国家代表被害人追究犯罪人的刑事责任有着正当、深厚的理论基础；由于国家利益是至高无上的，所以国家与犯罪人之间不能够妥协。而刑事和解制度重在犯罪人和被害人之间的协商和解，协商和解就意味着存在利益的讨价还价，这与国家追诉主义发生了逻辑上的矛盾。②有可能助长“花钱买刑”行为，犯罪人可能不是真心悔过，而只是为了通过赔偿获得减轻罪责。③有能力赔偿被害人损失的加害人以及没有能力赔偿的加害人很有可能因达成刑事和解的机会不均等而导致处理结果的不平等，这有违于法律面前人人平等的原则……

如此看来，支持派与反对派的理由几乎是大同小异的，当然部分原因在于价值取向的不同，但更多的原因在于刑事和解制度所带来的新鲜气息短期内足以使传统的刑事司法产生一定程度的理论不适应。所以，既然刑事和解的制度化已成为客观的趋势和事实，在刑事和解与传统刑事司法之间进行适度的理论调适显得格外重要。

2. 几个方面的理论调适。上文中就曾提到，这些话语层面的矛盾和冲突真正在实践中并没有话语表达中的那样尖锐。因为本来制度实践和话语的实践就是相悖离的，或者说制度实践都是复杂的，不可能像话语表达中的那样绝对，甚至很多原本没有明确法律依据的现象和行动以潜规则或惯习的形式存在。但理论与话语层面的矛盾与质疑毕竟不可忽视。

（1）关于罪刑法定原则与刑事和解。罪刑法定原则最初是为了反对封建时代的罪刑擅断而应运而生的，在当时的特殊环境中发挥过重要的作用。但最初因这一原则的过于绝对化，其忽略个别性、牺牲个别正义、忽视犯罪的预防与矫治等弱点逐渐

显露出来，并且也受到了人们的批判和反思。而刑罚个别化[1]的观念就是针对前述情况而产生的。刑罚个别化的注重灵活性、注重个别预防的特点克服了绝对罪刑法定原则的弊端，而对很多国家的刑事司法制度产生了影响。[2]而罪刑法定原则与刑罚个别化思想在对立了一段时间之后，逐渐产生了互补和融合的趋势，罪刑法定原则也从绝对的罪刑法定发展到相对的罪刑法定原则[3]，而后者吸收了大量的刑罚个别化的内容，开始注重在贯彻罪刑法定的基础上体现刑罚的一般预防与特殊预防。因此，刑事和解的灵活性似乎与刑罚个别化思想很接近，而与相对的罪刑法定原则也具有某种程度上的亲缘关系。于是，在刑事和解与罪刑法定原则的关系上，可能会出现两种不同的观点或者主张，一是刑事和解的处理结果最终还是在法律规定的幅度内，或者在可追究与可不追究、可诉可不诉的状态下选择不追究、不诉的处理方式；二是刑事和解的处理方式以法律规定的幅度作为基准，在这个基准下可以视情况采取稍微浮动的方式。这种情况可以视为对罪刑法定原则的例外或补充。这两种观点或主张需要在刑事和解上升为正式制度时由决策者根据社

---

〔1〕刑罚个别化理论最早由法国学者雷蒙·萨雷伊（Raymond Saleilles）在《刑罚个别化》（*The Individualization of Punishment*）的著作中提出并阐述，后又经过李斯特（Franz von Liszt）总结并发展。刑罚个别化的主要观点表现为：适用刑罚应当从一般预防转向特殊预防，以对犯罪的特殊预防为出发点；应当从对犯罪行为的关注转向对犯罪人的关注，根据犯罪人的人身危险性决定适用何种刑罚。

〔2〕例如，1975年《德国刑法典》第46条规定：①犯罪人的责任是量刑的基础，且应考虑对犯罪人将来生活产生的影响；②法院在量刑时，应权衡对犯罪人有利和不利的情况，特别注意下列各项：犯罪人的犯罪动机和目的，行为所表露的思想和行为时的意图，违反职责的程度，行为方式和犯罪结果，犯罪人的履历、人身和经济情况及犯罪后的态度，尤其是为补救损害所作的努力。

〔3〕相对的罪刑法定原则由新刑事古典学派提出。

会环境和司法状况作出选择。在相对保守时可以选择第一种，在认为条件成熟时可以选择第二种方式，而无论选择哪一种都不是与罪刑法定原则产生对立的状态。

（2）“花钱买刑”？刑事和解如果采取不当，很可能会陷入另外一个困境，即犯罪人为了减轻罪责而积极赔偿损失，但很可能不是真心悔过，这有点背离了现代刑事和解制度的价值理念。据此，很多学者质疑或反对刑事和解制度走向另一个极端——为有钱人提供了制度便利，从而造成有钱人和没钱人之间的不平等。除却多数公众的感性认识，这个质疑暗含了这样一个问题，即赔偿与补偿是否可以减轻罪责？从另一个角度看，无论是古代的以钱赎刑、民间的赔命价、赔偿（补偿）性私力救济等，都是基于一个现实合理性：一个人所犯的错误因他在事后积极采取补偿措施而有所减轻，人们对于杀了人或打伤了人之后积极采取挽救措施，或者事后积极以物质作为补偿，往往比对事后逃之夭夭或不予赔偿的人更加宽容。在这一点上，无论是复仇、赔偿还是以钱赎刑，在本质上是相似的。美国学者曾经对古代人类“以牙还牙、以眼还眼”的观念与行为习惯进行了详尽研究，认为一切都来源于人们对清偿、赔偿、对价等的考量，而这也是人类关于公平正义等道德观念的现实基础。

说某人不公平并非因为他杀了人，而是因为他杀了人却拒绝赔偿因此所造成的损害，正义的行为指的是对你所杀害的人和你所造成的伤害作出赔偿。精确地作出赔偿。那么你就不再是个不正义的人，因为你让平衡得以恢复。一个公平的人公平地处理事情。我并不愿夸大该事实。一个有钱人不能仅仅为了取乐而到处杀戮，然后作出补偿便能使他的不公平、傲慢或残

暴免受谴责。他必须根据一些合理的权利方能杀人。[1]

所以，尽管有些学者会认为生命与身体是不可通约的，但人类几千年的历史中，人们以自己的行动证明了，有些时候只能够将生命、身体与金钱换算，以此来平衡命案或纠纷当事人之间的关系。所以，这种价值观念虽然在提倡罪刑法定与罪行相当原则的现代刑事司法中变得相当隐晦，至少在形式上犯罪人的定罪量刑与赔偿与否没有直接的关系。但是本书的研究已经表明，哪怕是在倡导罪刑法定原则的传统刑事司法中，犯罪人的积极赔偿也可以作为定罪量刑的参考依据。这样的运作至少暗含了，无论是司法机关还是当事人，都认为事后进行赔偿不仅仅对被害人是有意义的，对加害人也是另一种意义上的补救。

实践中，这种纯粹的赔偿尽管与现代提倡的刑事和解理念不尽相同，因为现代刑事和解的内容不仅仅是赔偿，还吸收了包括对被害人的精神抚慰、当事人关系的修复、社会和谐的恢复、宽恕与救赎等理念，但作为法律制度的最初的原型，关于复仇与赔偿的原理至今未发生改变。所以，刑事和解制度对人类原始情感的关照和现代理念的调和，也可以说是一种进步。

（3）法律面前人人平等与刑事和解。本书第四章的内容曾经提及，刑事和解被质疑的一项重要方面是其与法律平等原则的微妙关系。在有些刑事和解案件中，尽管也强调当事人之间赔礼道歉、真诚悔过，并积极赔偿损失而获得谅解等理念，但在许多案件中，加害人向被害人表示悔过的重要途径便是经济赔偿。这种情况有时候很难分辨，尤其正处在探索阶段的我国

---

〔1〕［美］威廉·伊恩·米勒：《以眼还眼》，郑文龙、廖溢爱译，浙江人民出版社2009年版，第9页。

刑事和解状况，认罪悔过与宽恕、谅解的情况难以把握。所以，有些人质疑这在经济能力不同的当事人之间会形成一种新的不平等，而且在部分民众看来，刑事和解变成了有钱人的制度，而穷人则没有机会采用刑事和解，并且担心容易导致司法腐败、司法不公等问题。

实际上，平等包括形式平等与实质平等，当法律宣称对一切人不因种族、性别、宗教、年龄、身份、地位的不同而区别对待的时候，意味着一切人在形式上的平等。因为，人生来就存在个体的差异，而由于后天的生活环境、受教育机会等的不同而更加有差距，如果一味强调无差别的平等对待，很容易导致实质上的不平等。而要维护人们之间的实质平等，就需要在更具体的方面采用具操作性的规定弥补因实际机会不同而导致的实质不平等的现象。[1] 具体到刑事司法制度中，《刑法》第4条规定："对任何人犯罪，在适用法律上一律平等。不允许任何人有超越法律的特权。"其强调在适用刑法时对任何人都要平等对待，"对同等犯罪应处同等刑罚"，有学者对适用刑法方面的平等原则概括为：

任何人犯罪都应当受到刑法的追究，任何人不得享有超越刑法的特权，对于一切犯罪行为，应一律适用刑法。定罪量刑时不得因犯罪人的社会地位、家庭出身、职业状况、财产状况、政治面貌、才能业绩的差异而有所区别。[2]

---

〔1〕 例如，颁布最低限度工资法来消解经济不平等现象，颁布有关妇女权益保护等方法来消解男女不平等现象，都属于实现实质平等的方法。

〔2〕 孙勤：《刑事和解价值分析》，中国人民公安大学出版社2009年版，第380页。

那么来看看刑事和解。首先，刑事和解以实质平等为最终目标。因为刑事和解将积极悔过道歉、赔偿损失的犯罪人和实施犯罪之后消极不作为的犯罪人区分开来，并很可能对前者采取刑事和解程序，对后者则不。实际上，犯罪后所采取的措施可以视为其犯罪行为的延伸，对罪责有一定的影响，如对二者不加以区别而只根据前期的犯罪行为而进行处理才是不平等的。其次，从被害人的角度看来，若遭受犯罪行为侵害后得不到任何赔偿或者心理上的抚慰，意味着会导致更大的不平等。而刑事和解无论是从物质上的赔偿，还是精神上的补偿来说，都有着实际上的促进作用，所以采取妥当的刑事和解措施，可以促进平等。另外，埃德加·博登海默（Edgar Bodenheimer）认为人的平等感的心理根源之一是希望得到尊重的欲望。[1] 刑事和解也恰恰可以为被害人提供这样的机会，而这是在传统刑事司法体系中几乎享受不到的。最后，关于刑事和解是否导致司法不公甚至司法腐败的问题，笔者认为，这似乎是超出了制度本身的问题。因为任何权力都有被滥用的风险，对此所能够做的就是尽可能地辅以约束权力的其他配套措施，关键在于如何科学合理地设计和建构刑事和解制度。

（二）刑事和解制度的性质及其在法律体系中的定位

面对刑事和解的制度化趋势，对其进行法律的规范，进而上升为正式的制度，所面临的一项关键问题是对其进行结构定位。其关系到刑事诉讼和刑事和解的理论层面上的调适与实践层面上的操作问题。而对刑事和解制度进行结构定位的前提是界定其性质。

---

〔1〕 参见［美］E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 1999 年版，第 288 页。

1. 私力救济与公力救济的交错。刑事和解制度本来是在公权力领域中进行的实践，但又吸收了太多私力救济的因素，而可描述为私力救济与公力救济的交错。徐昕先生将私力救济与公力救济的关联概括为："第一，私力救济是历史最悠久的纠纷解决方式，公力救济产生于私力救济的夹缝中，从私力救济到公力救济的演变是一个漫长而交错的过程。两者长期并存，既相互对立冲突，也交错互补。第二，你中有我，我中有你，私力救济在法律的阴影下，在法律和公力救济中也有私力救济的影子，私力救济中有'公力'的因素，公力救济中有'私力'的因素，其间存在一种融合了两者特征的社会型救济，诸如调解和仲裁。第三，两者相互转化，一方面是私力救济的法律化，许多私力救济逐渐被纳入法律框架，另一方面是公力救济的私人化，本应由国家垄断的司法存在某些私人化现象。"[1] 实际上，在刑事和解制度中，这种私力救济与公力救济交错最为显著。刑事和解（最宽泛的意义上）的演变和发展是一个迂回而漫长的过程，发展到如今，可以说真正地达到了"你中有我，我中有你"的程度，如刑事和解中的当事人背后站着一个强大而庄严的国家，并在其作为代言人兼执行者的司法人员的监督主持下，经历着一个讨价还价的交易过程。这与苏力先生智慧的笔下生动的法律规避故事不同，与那种没有进入国家法律之眼的一点点侥幸和或然性不同，刑事和解行动的背后是一个颇具确定性的"惩罚"权力，任何一种形式的协商失败，或者心里的不服气，都可以回过头来诉诸国家惩罚权力的启动。从这些可以清楚地看出，刑事和解制度，既是私力救济的法律化，也是公力救济的私人化。

〔1〕 徐昕：《论私力救济》，中国政法大学出版社2005年版，第298页。

2. 刑事和解案件在定性方面主要是指那些介于罪与非罪、民事违法与刑事违法之间的案件，以轻微、自诉、特殊类型、当事人之间的特殊关系及身份等为基本考虑因素；在定量方面，主要是根据对受害人的补偿及其谅解程度酌情减轻制裁的程度。罪与非罪的概念和区别本身是社会化的，具有相对性和主观性，取决于特定社会环境和时代背景，本身是动态变化的、非绝对的。在不同社会、不同时代，甚至在同一社会的同一时期，由于案件的特定性，罪与非罪都可能是相对的、可以互相转化。而量刑则历来就存在裁量的幅度，将补偿作为考量的依据，并未根本违反刑事司法的原理和原则，只是更多地纳入了受害人的因素而已。对此，法学界的一部分保守派认为，刑事和解有可能危及刑事司法的严肃性和确定性，有混淆罪与非罪的界限之嫌，从而危及整个法律制度的严肃性和法制的权威。然而，当代的主流观念和法律制度实践已不再固守这种传统理念，也不再追求单一的价值标准和法律的绝对确定性。随着刑事和解制度被普遍接受，其特有的灵活性和变通性使得罪与非罪、民事与刑事违法的界限在特定领域内更加相对化了。

需要强调的是，由于我国不存在严格意义上的“轻罪”概念，而将轻微违法以违章、治安案件等名义纳入行政违法范畴，而在行政违法案件处理实践中，历来存在着较大的自由裁量权和变通性，西方的刑事和解案件很多属于中国的行政违法（治安案件），而这类“刑事”和解实际上早已成为我国执法中的惯例（这也成为中国学者理解西方刑事和解的一个障碍）。实际上，犯罪与行政违法（轻罪）的区分也是相对的，在实践中，公安机关主持刑事和解与其处理治安案件的和解实际上十分相似，都是在公安机关的主持和介入之下促成加害人和受害人达成和解协议，由加害人对受害人的损失进行赔偿并赔礼道歉从

而得到受害人的谅解，最后由公安机关作出撤案或从轻处理等决定，二者的区别只是在程度上而已。因此，在讨论刑事和解问题时，也应将此类处理纳入视野。相比之下，检察机关推行的刑事和解实践则相对单纯，主要是据此对是否提起公诉（定罪）和量刑方面作出处分，也是刑事和解研究中的主要和标准对象。

3. 刑事和解制度弥补了传统刑事审判方式的弊端。传统的刑事审判方式具有整齐划一、效率低下等弊端，以至于无法照顾到多元化的价值和功能，而刑事和解正好弥补了这一缺陷。如传统刑事司法主要建立在报应性理念之上，犯罪发生后，国家代替被害人的追诉和惩罚行为主要满足被害人的报复意愿，而个别被害人的心理安慰和物质方面的补偿愿望在无形中就会被忽略。所以刑事和解制度的出现，正好可以弥补传统刑事司法的这一缺陷，最大限度地满足被害人的愿望，并最大限度地保证加害人的悔过和赎罪行为。

4. 国家主导下的合作性司法模式。传统刑事司法领域就是一个由公权力主导的领域，在国家追诉主义的基础上，"强调国家对犯罪者的有效治罪和刑罚权的统一行使，将国家公诉机构与被告人置于完全对立的地位，要求法院作为'中立的裁判者'，在控辩双方之间维持公正的审判和公平的游戏"。[1] 而刑事和解制度则将国家、加害人与被害人置身于三方之间对话、协商、合作的状态中，加害人与被害人在一定范围内有着一定的选择余地，因而当事人的行动和选择对最终的结果都会有所

〔1〕 陈瑞华："刑事诉讼的私力合作模式——刑事和解在中国的兴起"，载《中国法学》2006 年第 5 期。陈瑞华教授认为刑事和解制度应属于"刑事诉讼中私力合作模式"，与传统刑事诉讼中的国家与被告人之间的对抗模式以及公力合作模式都有着本质上的不同。

影响，但一切博弈或互动终究还是在国家的主导下进行，国家依然是这个领域内的主导者和“领导者”。

然而，无论什么样的性质界定，即使非常形象和准确，但从法律体系与结构的角度并不能显示出其结构位置，甚至在某些情况下产生其似乎游离于刑事司法体系与民事司法体系等其他体系的误解。而对于刑事和解的结构定位，本研究通过实证观察和对未来的展望，以及对刑事和解制度的性质界定，认为刑事和解制度归根到底归属于刑事司法体系：其虽然不同于传统刑事司法体系的某些理念、惩罚方式，而形成“刑事法治的第三领域”，或者陈瑞华所称的“刑事诉讼中的私力合作模式”，但它始终依附于传统刑法中的关于犯罪构成、刑罚的相关规定，所以无论如何不能够成为独立的制度，而是一种辅助刑事司法体系的一种特殊机制。

三、结语

尽管在刑事和解制度化实践中，国家的主导地位、刑罚、刑事司法的权力根基没有改变，但刑事和解在我国的制度化趋势毕竟意味着制度正发生着微妙的变迁，而在这一变迁的进程中，国家与个体、国家与社会之间的关系都在一定程度上发生了改变。

首先，国家与权力视野下的当事人之间协商与合作。本来，刑事司法领域就是一个由公权力主导的领域，个体在其中发挥的作用微乎其微。所以，在传统的刑事司法实践中，当事人的自治、相互之间的协商、合作几乎没有可能。本研究通过实证考察和理论分析，表明了在如今的刑事和解实践中，上述情形发生了一定的改变：在适用刑事和解的案件中，司法机关开始注意到当事人的意愿，尤其是被害人的意愿可以作为是否追究

加害人的刑事责任、是否采取轻刑的参考依据。而在一般情况下，被害人的意愿是在与加害人的协商、博弈、合作等互动关系中逐渐形成的。当事人是刑事和解实践中的实际行动者，刑事和解行为从选择、申请，到和解的达成都是关系到其切身利益的环节，而且，当事人之间的互动和博弈往往影响着其最终的结果。当然，当事人之间的协商与合作同私力救济中的协商与合作有着实质上的不同，因为其毕竟在国家和公权力的视野和框架内进行，决定权最终掌握在国家和司法机关的手中。

其次，国家惩罚权力阴影下司法机关与当事人之间的协商与合作。刑事和解的运作过程，实际上也是司法官员与当事人之间协商、博弈、合作的过程。当事人为了自身的利益最大化而努力，司法机关也为了自身机构的利益最大化而尽量地平衡、协调各方面的关系。在传统刑事司法实践中，司法机关与当事人之间的博弈即使有存在的可能性，但毕竟在强大的国家权力面前，当事人几乎无所作为。因此，可以说刑事和解的运作在某种程度上改变了这一状况。

再次，刑事和解中国家与个体的合作。实际上，刑事和解是通过国家惩罚权力的某种让步，而促使当事人作出在通常情况下难以做到的行为，例如促使加害人积极赔偿被害人损失、或者促使被害人谅解加害人，等等。因此，在这个意义上，刑事和解也可视为国家与个体之间的合作。

最后，刑事和解制度运作过程中国家与社会的进一步融合。刑事和解这样一个在理论和话语上与传统刑事司法不易调和的制度，能够在中国法制建设中大规模地开始制度化，有一个重要的因素即来自于它充分地回应了社会需求。一方面，刑事和解制度中充分体现出国家对社会的关照，其所突出的社会功能在一定程度上淡化了刑事司法体系的政治功能；但在另一方面，

刑事和解制度中实际上蕴含着更为精细的国家治理逻辑，从而通过部分权力的让步掌握了更多社会关系的介入权，从而实际上又强化了刑事司法制度的政治功能。所以，通过刑事和解的制度化实践，国家与社会之间的关系也发生了上述微妙的变化。

总之，刑事和解的制度化是在我国现代法治建设中出现的一个重要的制度变迁，不管它的前景如何，都关系到国家与个体、国家与社会、犯罪与刑罚等重大理论命题，其给法学界和实务界带来的各种反思以及制度实验，都将是中国法治道路上的宝贵经验。

附录1

各地关于刑事和解的规范性文件

序号	省份	时间	制定机关	规范性文件名称
1	上海市	2002年7月	杨浦区司法局、公安分局	关于民间纠纷引发伤害案件联合进行调处的实施意见（试行）
2	上海市	2005年4月	杨浦区司法局、区人民检察院	关于在办理轻微刑事案件中委托人民调解的若干规定（试行）
3	上海市	2005年11月	杨浦区公安分局、人民检察院、人民法院、司法局	关于轻伤害案件在诉讼阶段委托人民调解的规定（试行）
4	上海市	2006年5月	上海市高级人民法院、市人民检察院、市公安局、市司法局	关于轻伤害案件委托人民调解的若干意见
5	河南省	2003年	河南省义马市人民检察院、公安局、人民法院	义马市关于对轻伤害案件处理办法规定
6	河南省	2004年8月	许昌县人民法院、人民检察院、公安局、司法局	关于办理轻伤害案件若干问题的意见（试行）
7	河南省	2009年8月	郑州市中级人民法院	刑事和解、附带民事诉讼工作调解意见
8	福建省	2004年6月	厦门市集美区公安分局、人民检察院、人民法院	关于办理故意伤害（轻伤）案件的会议纪要（试行）

（续表）

序号	省 份	时 间	制定机关	规范性文件名称
9	福建省	2008年10月	厦门市湖里区人民检察院	关于适用刑事和解办理刑事案件的实施办法（试行）
10	安徽省	2005年6月	安徽省公安厅、省高级人民法院、省人民检察院	关于办理故意伤害案（轻伤）若干问题的意见
11	湖南省	2006年10月	湖南省人民检察院	关于检察机关适用刑事和解办理刑事案件的规定（试行）
12	湖南省	2006年4月	宁乡县人民检察院	关于办理轻伤案件适用法律若干问题的意见（试行）
13	湖南省	2008年7月	长沙市岳麓区人民检察院、司法局	关于建立刑事和解与人民调解对接机制的实施办法（试行）
14	江苏省	2004年4月	南京雨花台区人民检察院	雨花台区轻微刑事案件联合调解会议纪要
15	江苏省	2004年4月	江苏省高级人民法院、省人民检察院、省公安厅	关于办理轻伤害案件的暂行规定
16	江苏省	2007年4月	无锡市公安局、人民检察院、人民法院、司法局	关于刑事和解工作的若干意见（试行）
17	江苏省	2008年3月	苏州市平江区人民检察院、人民法院、公安分局	关于公检法机关在刑事和解工作中进一步加强配合与监督的若干意见
18	山东省	2006年7月	烟台市委政法委	关于推行平和司法程序的实施意见
19	河南省	2007年7月	郑州市人民检察院	关于贯彻宽严相济刑事司法政策的若干规定
20	山西省	2007年9月	太原市人民检察院	办理轻微刑事案件适用刑事和解的规定（试行）
21	云南省	2007年9月	昆明市人民检察院	昆明市检察机关在办理刑事案件中适用刑事和解的规定

（续表）

序号	省 份	时 间	制定机关	规范性文件名称
22	广东省	2006 年	珠海市人民检察院	适用刑事和解办理轻微刑事案件的意见（试行）
23	广东省	2004 年 3 月	广州市白云区人民检察院	广州市白云区检察院关于刑事和解的规定
24	浙江省	2007 年 11 月	浙江省人民检察院	关于办理当事人达成和解的轻微刑事案件的规定（试行）
25	浙江省	2004 年 5 月	浙江省高级人民法院、人民检察院、公安厅	关于当前办理轻伤犯罪案件适用法律若干规定的意见
26	浙江省	2008 年 4 月	宁波市海曙区人民检察院、公安分局	关于可能达成刑事和解的轻微刑事案件实施提前介入的若干规定
27	重庆市	2008 年 9 月	重庆市人民检察院	关于适用刑事和解办理轻微刑事案件的规定
28	重庆市	2008 年 9 月	重庆市人民检察院、司法局	关于轻微刑事案件委托人民调解的暂行办法
29	安徽省	2008 年 11 月	合肥市肥西县人民检察院、县司法局	关于适用刑事和解办理轻微刑事案件的意见（试行）
30	安徽省	2005 年 6 月	安徽省公安厅、省高级人民法院、省人民检察院	办理故意伤害案件（轻伤）若干问题的意见
31	辽宁省	2008 年	长海县人民检察院	检察机关在办理刑事案件中适用刑事和解的规定（试行）
32	江西省	2005 年 6 月	无锡市惠山区人民检察院	无锡市惠山区人民检察院恢复性司法操作规则
33	江西省	2006 年 4 月	吉安县人民检察院、公安局	关于办理伤害案件的若干暂行规定
34	北京市	2009 年 7 月	北京市第一中级人民法院	关于规范刑事审判中刑事和解工作的若干指导意见

（续表）

序号	省　份	时　间	制定机关	规范性文件名称
35	北京市	2006 年 2 月	朝阳区人民法院	关于刑事自诉及附带民事诉讼案件和解工作若干问题的规定（试行）
36	北京市	2002 年 4 月	朝阳区人民检察院	朝阳区人民检察院轻伤害案件处理程序实施细则（试行）
37	陕西省		宝鸡市陇山县人民检察院	轻微刑事案件和解办法
38	陕西省	2008 年 3 月	宝鸡市凤翔县人民检察院、司法局	轻微刑事案件民事部分委托人民调解暂行办法
39	天津市	2009 年 8 月	北辰区人民检察院	刑事和解规则
40	四川省	2009 年 4 月	彭州市人民检察院、司法局	关于联合开展刑事和解工作的意见
41	山西省	2007 年 10 月	太原市人民检察院	关于办理轻微刑事案件适用刑事和解的规定（试行）
42	广西	2008 年 8 月	南宁市兴宁区人民检察院	关于刑事和解工作的若干规定（试行）
43	广西	2007 年 5 月	环江毛南族自治县人民检察院	实施宽严相济处理轻微刑事案件的具体办法、刑事和解具体规程
44	吉林省	2004 年 7 月	吉林省公安厅	吉林省公安厅提交省公检法司第十二次联席会议议题



随机抽取的80例刑事和解个案

序号	主持刑事和解的机关	案件类型	当事人双方及社会关系	主持和参与的社会力量	刑事和解的理由	处理结果
1	南京市鼓楼区人民检察院	抢劫案	未成年人，未成年人	检察院	未成年人；初犯；当事人双方都有和解的意愿	双方达成和解；赔偿受害人5000元
2	扬州市广陵区人民检察院	故意伤害案（轻伤）	薛大妈，小王 邻居	检察院	地方风俗引起的邻里纠纷	双方达成和解；检察院建议公安机关撤案
3	扬州市广陵区人民检察院	故意伤害案（轻伤）	居民老林，拆迁部门	检察院	具有地方特色；考虑当事人的风俗习惯	双方达成和解协议
4	无锡市开发区人民检察院	盗窃案	赵某，孔某 恋人关系	检察院	二人关系特殊，类似夫妻共同生活的关系；被害人表示，赵某若退赔便不追究；赵某的主观恶性、社会危害性小，具有可恕性	双方达成和解协议；检察院签发不批准逮捕决定书

（续表）

序号	主持刑事和解的机关	案件类型	当事人双方及社会关系	主持和参与的社会力量	刑事和解的理由	处理结果
5	广州市中级人民法院	故意伤害案（致死）	陈某等13人（未成年人），李某 同学	法院	被告人犯罪时未满18岁、认罪态度较好；被告人及所在学校已赔偿被害人	双方达成赔偿协议，被害人家属建议对被告人从宽处理；法院判处被告人等有期徒刑并宣告缓刑
6	江西省永丰县人民检察院	故意伤害案（轻伤）	曾某，刘某 同村村民	检察院	曾某已全部赔偿刘某的医疗费，取得刘某及家人的谅解；曾某是家中唯一劳动力	双方达成和解协议；协议作出不起诉决定
7	陕西省陇县人民检察院	交通肇事案	徐某，张某 陌生人	检察院	犯罪嫌疑人徐某系初犯、偶犯、过失犯，且认罪态度好；属判处3年以下有期徒刑的轻微案件	向被害人家属赔礼道歉，并给付赔偿；检察院作出不批捕决定
8	北京市第一中级人民法院	故意伤害案（轻伤）	赵某，晓军（未成年人） 邻居	法院	犯罪嫌疑人赵某提出协商解决；经法官协调；被害人的父母同意刑事和解	双方达成和解协议

（续表）

序号	主持刑事和解的机关	案件类型	当事人双方及社会关系	主持和参与的社会力量	刑事和解的理由	处理结果
9	南京市雨花台区人民检察院	故意伤害案（轻伤）	彭某，彭某亲属	检察院	彭某主观恶性较小；当事人双方住在同村，且是同族堂兄弟关系，矛盾不大	不起诉
10	南京市人民检察院	盗窃案	王某，某公司	检察院	绝大部分赃款被追回；王某经教育后亦认罪悔过	检察院向王某发出《劳动赔偿令》，要求其用劳动收入补偿犯罪行为带来的损失
11	成都市武侯区人民检察院	故意伤害案（轻伤）	罗某，李某相邻餐馆经营者	检察院	邻里纠纷引发的伤害案；罗某有悔罪态度并愿意赔偿；李某也有协商和解的意向	不起诉决定
12	成都市武侯区人民检察院	故意伤害案（轻伤）	张某，一对老年夫妇陌生人	检察院	犯罪嫌疑人张某希望和解、刚毕业，判刑对其一生将造成影响	双方达成和解
13	湖南省宁乡县人民检察院	故意伤害案（轻伤）	未成年人邹某与其同学同学	检察院	邹某投案自首；出于教育和挽救的目的	双方家长达成和解协议；检察院建议法院从轻；邹某被判处拘役6个月，缓刑1年

（续表）

序号	主持刑事和解的机关	案件类型	当事人双方及社会关系	主持和参与的社会力量	刑事和解的理由	处理结果
14	长沙市岳麓区人民检察院	盗窃案	肖某，朱某 同学	岳麓区人民调解委员会驻检调解室	肖某系大学生；犯罪情节较轻、有自首情节、悔罪态度好	犯罪嫌疑人肖某当众赔礼道歉、请求司法机关从轻处理
15	湖南省长沙县人民检察院	聚众斗殴案	皮某等6人 同学	检察院	初犯；平时表现较好，如接受刑事处罚则不能完成学业，不利于成长	附条件不起诉，给予6个月的考验期
16	湖南省宁乡县人民法院	故意伤害、寻衅滋事案（重伤）	阳某等11人，未成年人 同学	法院、检察院	双方当事人均有过错且是未成年人，因学习和生活中的小事引起；被害人及其家长出具了从轻处理的书面意见	法院采纳了检察院从轻处罚的量刑建议
17	广东省佛山市顺德区人民检察院	故意伤害案（轻伤）	郭某，张某 陌生人	检察院	郭某已赔偿张某损失，张某要求不对郭某追究刑事责任	检察院建议公安机关撤回案件；公安机关撤案
18	广东省佛山市顺德区人民检察院	故意伤害案（轻伤）	郭某，梁某 同村村民	公安机关、检察院、村委会	受害人梁某提出只要赔偿其损失5000元，就原谅郭某；郭某家庭困难但愿意赔偿	检察院建议公安机关撤回案件；公安机关撤案

（续表）

序号	主持刑事和解的机关	案件类型	当事人双方及社会关系	主持和参与的社会力量	刑事和解的理由	处理结果
19	广东省佛山市顺德区人民检察院	盗窃案	张某，被害人 陌生人	公安机关、检察院、法院	张某的家属代赔偿了被害人的损失；被害人希望从轻处理	检察院建议法院酌情从轻处罚；法院判处张某有期徒刑6个月
20	北京市东城区人民法院	盗窃案	罗某，孙某及其单位	法院、罗某的家属	罗某的家属赔偿了被害人及单位的损失；单位出具了书面和解意见	判处拘役6个月，缓刑6个月
21	镇江市京口区人民检察院	聚众斗殴案	邵某、徐某，谢某同学	检察院、社区调解委员会	邵某、徐某，谢某等系同学，又在一起打工，关系较好；因债务纠纷引起	达成调解协议；建议公安机关撤回案件并将邵某等送交社区进行为期3个月的观护帮教
22	浙江省高级人民法院	故意杀人案	方某、章某 陌生人	法院	被告人方某真诚悔过，其家属积极赔偿被害人家属；被害人家属谅解并达成了和解协议	二审改判死刑缓期二年执行
23	四川省苍溪县人民检察院	交通肇事案	侯某，张某 朋友	检察院	犯罪嫌疑人侯某认罪态度好，并积极履行民事赔偿义务；受害人家属请求不追究刑事责任	作出不起诉决定

（续表）

序号	主持刑事和解的机关	案件类型	当事人双方及社会关系	主持和参与的社会力量	刑事和解的理由	处理结果
24	江西省吉安县桐坪派出所	故意伤害案（轻伤）	赵某，刘某同村村民	派出所	犯罪嫌疑人赵某认罪悔过；受害人谅解；双方提出和解	双方达成和解协议；派出所作出撤案决定
25	徐州市贾汪区人民检察院	故意伤害案（轻伤）	李某，王某同村村民	检察院	两次补充侦查犯罪事实不明确；双方系同村村民	双方达成了刑事和解协议
26	无锡市锡山区人民法院	故意伤害案（重伤）	李某，水某邻居、同族堂兄弟	法院	因邻里纠纷发生；双方既是邻居也是同族堂兄弟关系；被害人请求从轻量刑	作出缓刑判决
27	陕西省宝鸡市人民检察院	交通肇事案	张某，朱某陌生人	检察院	张某积极对受害人进行救治；受害人临终前留遗言，要求亲属不要为难张某，并请求司法机关不要追究张某的刑事责任；双方达成赔偿协议	作出不起诉决定
28	湖南省邵阳市大祥区人民检察院	故意伤害案（重伤）	周某，张某陌生人	检察院、周某所在单位	周某认罪态度诚恳、积极赔偿被害人的损失，已取得了被害人及其家属的谅解	作出不予起诉决定

（续表）

序号	主持刑事和解的机关	案件类型	当事人双方及社会关系	主持和参与的社会力量	刑事和解的理由	处理结果
29	湖南省新邵县人民检察院	盗窃案	王某、被害人 陌生人	检察院、派出所、村委会	王某家境贫寒已被某大学录取；王某真诚悔过；被害人请求从轻处理	作出不予批准逮捕决定
30	上海市宁乡县人民检察院	故意伤害案（轻伤）	陈玉梅，陈政秋 兄弟	检察院、村组、家族兄弟成员	因母亲的赡养问题发生；双方系亲兄弟；已达成调解协议	作出免予起诉的决定
31	北京市朝阳区人民检察院	故意伤害案（轻伤）	王某，景某 夫妻	检察院	离婚诉讼期因家庭琐事发生；被害人王某请求不追究其妻的刑事责任、不要求赔偿	作出相对不起诉决定
32	昆明市嵩明县人民检察院	故意伤害案（轻伤）	丁某，蒋某 公公与儿媳	检察院	有自首情节，因赡养起冲突；双方共同请求从宽处理	作出免予起诉决定
33	湖南省邵东县人民检察院	交通肇事案	唐某及受害人 陌生人	检察院	有自首情节，取得了受害人家属的谅解；受害人家属请求不追究唐某的刑事责任	作出不起诉决定
34	宁夏固原市原州区人民检察院	故意伤害案（轻伤）	马进选等3人、马进录等3人，亲兄弟及亲戚	检察院、阿訇	马进选与马进录系亲兄弟，达成赔偿协议并履行	作出不予逮捕的决定

（续表）

序号	主持刑事和解的机关	案件类型	当事人双方及社会关系	主持和参与的社会力量	刑事和解的理由	处理结果
35	无锡市无锡区人民法院	交通肇事案	王某与被害人 陌生人	法院	被告人已赔偿被害人42 000元，并有自首情节和悔罪表现	判处拘役4个月
36	郑州市中级人民法院	故意杀人案	孟某，兰某 恋人关系	法院	因感情引起纠纷；双方达成民事赔偿协议；受害人亲属申请撤回附带民事诉讼，请求对孟某从轻处罚	判处孟某死刑，缓期二年执行
37	哈尔滨市人民检察院	敲诈勒索案	周某（未成年人、中学生），其母亲单位领导	检察院	周某行为未遂，且主观恶性不大	作出相对不起诉决定
38	广州市白云区人民检察院	故意伤害案（轻伤）	戴某与其邻居 邻居	检察院	双方当事人是邻居，因琐事引起；被害人也有过错	双方达成和解协议，并当场履约
39	山西省阳曲县、太原市人民检察院	交通肇事案	杨某，李某、王某 亲戚	检察院	双方自愿达成刑事和解协议，杨某赔偿了医疗费等各项费用；受害人王某与杨某所在单位请求检察院不起诉	作出相对不起诉决定

（续表）

序号	主持刑事和解的机关	案件类型	当事人双方及社会关系	主持和参与的社会力量	刑事和解的理由	处理结果
40	山东省商河县人民检察院	故意伤害案（重伤）	栾某，田某陌生人	检察院、法院	栾某系初犯，无不良行为，并及时支付了部分医疗费	法院采纳检察院的量刑建议，以故意伤害罪判处栾某有期徒刑3年，缓刑3年。
41	湖南省长沙县人民检察院	故意毁坏财物案	刘某等4人，被害人发包人与承包人	检察院、人民调解委员会驻检调解室	刘某等4人均表示了悔意，并表达了和解的希望	双方就民事赔偿部分达成协议并履行；被害人请求从轻处理
42	广西壮族自治区环江毛南自治县人民检察院	盗伐林木案	兰某等3人，罗某邻村村民	检察员、侦查员、村乡干部	刑事和解会	犯罪嫌疑人向被害人赔礼道歉，并按和解协议赔偿被害人1000元经济补偿；被害人当场表示不希望追究犯罪嫌疑人的刑事责任

（续表）

序号	主持刑事和解的机关	案件类型	当事人双方及社会关系	主持和参与的社会力量	刑事和解的理由	处理结果
43	广西壮族自治区环江毛南自治县人民检察院	故意伤害案（轻伤）	韦某（村民），黄某（队长） 同村村民	检察院	初犯、偶犯，事后采取积极的态度出钱治愈被害人，犯罪情节轻微；被害人很宽容，希望能通过合法程序不再追究犯罪嫌疑人的刑事责任	作出不起诉决定
44	山东省郓城县人民检察院	故意伤害案（轻伤）	宋某等3人，秦某均系未成年人 同学	双方共同指定民行科长主持调解	被害人表示如能给适当的赔付，后续治疗费有保障，不再要求宋某等3人去“蹲大狱”	在检察官的主持下，双方达成协议，宋家承担医疗费和赔偿金6万元，另外两家分摊人其余的2万多元；检察院作出不起诉决定
45	厦门湖里区人民检察院	故意伤害案（轻伤）	蔡某，李某 师徒	检察院	侵害人积极赔偿受害人医疗费，并取得对方谅解	作出不起诉决定
46	上海市静安区人民检察院	故意伤害案（轻伤）	向某，李某 李某系向妻同事	检察院、人民调解委员会	因琐事发生；向某系初犯、偶犯，平时表现良好；经人民调解委员会调解达成协议；被害人放弃追诉	检察院将案卷退回，公安机关作撤销案件处理

（续表）

序号	主持刑事和解的机关	案件类型	当事人双方及社会关系	主持和参与的社会力量	刑事和解的理由	处理结果
47	上海市虹口区人民检察院	故意伤害案（轻伤）	张某，朱某雇佣关系	检察院、法院	由民事纠纷引发的刑事案件；且造成轻伤，社会危害性相对较小；双方达成赔偿协议并履行	作出不起诉决定
48	上海市虹口区人民检察院	故意伤害案（轻伤）	夏某、张某均系未成年人同学	检察院、人民调解委员会	琐事引起同学间不愉快，转化为刑事案件；未成年人；自首；犯罪情节相对轻微；危害性相对较小	作出相对不起诉决定；并成立不诉帮教小组进行3个月帮教
49	上海市杨浦区人民检察院	故意毁坏财物案	王某、李某，朱某陌生人	检察院、公安机关、人民调解委员会	因被害人在先占用车位引发；两犯罪嫌疑人的行为属酒后情绪失控，主观恶性不大，有自首、悔罪表现；犯罪嫌疑人愿意赔偿损失取得被害人谅解	双方达成协议，并当场履行；被害人放弃追究犯罪嫌疑人刑事责任

（续表）

序号	主持刑事和解的机关	案件类型	当事人双方及社会关系	主持和参与的社会力量	刑事和解的理由	处理结果
50	南京市鼓楼区人民检察院	故意伤害案（轻伤）	马某、孙某恋人关系	检察院	马某真诚悔罪、希望以赔偿得到被害人谅解，且曾因盗窃获刑被释，十分珍惜现在的工作；被害人同意和解	双方达成协议，并履行；被害人放弃追究犯罪嫌疑人的刑事责任
51	南京市雨花台区人民检察院	故意伤害案（轻伤）	王某、张某，马某一嫌疑人与马某系远亲	检察院、人民调解委员会	由民事纠纷引起；犯罪嫌疑人系自首、认罪态度好；被害人谅解；一犯罪嫌疑人与被害人有远亲关系	达成调解协议
52	南京市雨花台区人民检察院	故意伤害案（轻伤）	袁某，董某熟人	检察院、某晚报记者	双方系相邻摊位的经营者；被害人也有过错；犯罪嫌疑人认罪悔罪，有自首情节；犯罪嫌疑人愿意赔偿，已获得被害人原谅	作出了不作为犯罪处理的决定，袁某被释放

（续表）

序号	主持刑事和解的机关	案件类型	当事人双方及社会关系	主持和参与的社会力量	刑事和解的理由	处理结果
53	南京市下关区人民检察院	故意伤害案（轻伤）	甄某，周某已离婚	检察院	双方曾是夫妻，因对子女的探视引起争执；考虑到儿童的健康成长；周某本意不想追究甄某的刑事责任	检察院建议公安机关撤案
54	南京市鼓楼区人民检察院	故意伤害案（轻伤）	孙某，仇某邻居	检察院、律师	双方因房屋权属引起；且关系一直不错	公安机关撤案
55	南京市秦淮区人民检察院	故意伤害案（轻伤）	马某，马某亲兄妹	检察院	双方是亲兄妹；如制裁犯罪嫌疑人，则激化家庭矛盾，兄妹积怨加深	作出不予以逮捕的决定，双方达成和解协议
56	南京市栖霞区人民检察院	盗窃案	蒋某（未成年人），李某熟人	检察院	发生在熟人之间；系未成年人犯罪；初犯和偶犯；数额较小；与父母关系不洽；出于挽救教育未成年人的目的	作出不起诉决定
57	南京市雨花台区人民检察院	盗窃案	钱某，两同学	检察院、校方负责人、同学	案件事实清楚、证据确凿；有自首情节；受害人同意和解	建议公安机关撤案；公安机关撤案

（续表）

序号	主持刑事和解的机关	案件类型	当事人双方及社会关系	主持和参与的社会力量	刑事和解的理由	处理结果
58	南京市栖霞区人民检察院	交通肇事案	马某，包某陌生人	检察院、司法所	马某家庭困难；父母年迈孩子幼小；马家已举债赔偿死者20万元；受害者家属对赔偿结果满意，不要求追诉	检察院建议从轻处罚并适用缓刑，法院予以采纳
59	南京市建邺区人民检察院	故意毁坏财物案	沈某，其居住小区物业的全体业主	检察院、所在单位领导、物业负责人、业主代表	工作压力大，酒后行为失控；案发后主动赔偿损失	作出相对不起诉决定
60	南京市玄武区人民检察院	职务侵占案	张某，其所在公司	检察院	张某不退赃款、不退股份，拒绝任何供述；公司经营陷入困境，上市工作停顿；所在公司请求检察院帮助企业摆脱困境	经多次谈判，达成协议：作有罪答辩、退还赃款、愿意配合股权重组；公司请求不予追诉；检察院作出不起诉决定

（续表）

序号	主持刑事和解的机关	案件类型	当事人双方及社会关系	主持和参与的社会力量	刑事和解的理由	处理结果
61	南京市鼓楼区公安机关	职务侵占案	胡某，其所在工厂	公安机关、律师	对案件性质属民事侵权还是职务侵占认识不一；账目混乱，双方对退款数额争议很大；查清案情有困难；双方表示希望在检察机关的介入下，解决赔偿	双方对赔偿数额达成一致，胡某取得厂方授权；公安机关作出撤案决定
62	无锡市崇安区人民检察院	过失致人死亡案	徐某，蒋某陌生	检察院、辩护人、公安机关侦查人员、徐某单位领导	案发时有其他因素影响其操作行为；系过失犯罪；徐某一贯表现好，有悔罪表现；其单位有帮教条件；其单位已向受害人家属赔偿；受害人其妻向司法机关请求不追诉徐某的刑事责任及其他法律责任	达成和解协议，并履行；作出不起诉决定

（续表）

序号	主持刑事和解的机关	案件类型	当事人双方及社会关系	主持和参与的社会力量	刑事和解的理由	处理结果
63	无锡市惠山区人民检察院	破坏计算机信息系统案	王某，与其所在公司	检察院、辩护人、其公司的代表、法院	王某在专业技术上有一定造诣，具有可改造性；为实现惩戒与教育、挽救相结合，实现案件处理的法律效果与社会效果的结合	达成和解协议，并履行；从轻判处有期徒刑1年，缓刑1年
64	无锡市江阴市人民检察院	故意毁坏财物案	薛某，某工厂 薛某系工厂附近的村民	检察院、镇政府有关部门、派出所、村委会负责人	案件起因是某工厂违规排放污染水，村民提出抗议，但该工厂无视村民的抗议继续排放，有一定过错；若判处薛某徒刑，则不利于恢复原有的社会秩序；工厂主动放弃赔偿要求，请求附近村民谅解	达成和解协议，并履行；判处薛某拘役6个月，缓刑6个月

（续表）

序号	主持刑事和解的机关	案件类型	当事人双方及社会关系	主持和参与的社会力量	刑事和解的理由	处理结果
65	无锡市宜兴市人民检察院	抢劫案	蒋某、路某、潘某（3人为未成年人），俞某 陌生人	检察院、社区有关人员，法律援助中心	3人无前科劣迹，家庭疏于管教；系未成年人，法制观念淡薄、明辨是非能力较低；蒋某、潘某父母离异；得到了被害人的宽恕	达成和解协议，并履行；作出不起诉决定；检察院承办人与犯罪嫌疑人签订了跟踪帮教“责任书”，社区和犯罪嫌疑人签订了监督帮教“责任书”，父母与检察院签订了定期汇报教育情况的“保证书”
66	无锡市北塘区人民检察院	抢劫案	查某等6人（均为未成年人）；胡某 同学	检察院、侦查机关、法定代理人、律师	未取得财物，又未造成被害人轻伤的伤害后果；属未遂；作案时不满18周岁；情节轻微危害不大；被害人表示原谅加害人的行为	达成和解协议，并履行；检察院建议公安机关撤回案件

（续表）

序号	主持刑事和解的机关	案件类型	当事人双方及社会关系	主持和参与的社会力量	刑事和解的理由	处理结果
67	苏州市昆山市人民检察院	故意伤害案（轻伤）	周某，汪某 熟人	检察院	因劳资纠纷引发；属于自诉案件的范围；被害人也有过错；被害人愿意和解	达成和解协议，并履行；作出不予批捕的决定
68	无锡市常熟市人民检察院	故意伤害案	梁某，3名协警 陌生人	检察院	协警执法有不当之处；对如何致伤各执一词，难以查清；案件由被害人所在单位承办，被害人的证明书效力较弱	达成和解协议，并履行；检察院建议公安机关撤案，公安机关撤案
69	苏州市张家港市人民检察院	故意伤害案（轻伤）	王某，周某 陌生人	检察院	王某认罪态度较好，愿意赔偿受害人；受害人同意调解	达成和解协议，并履行；作出不以犯罪论处的不批准逮捕的决定
70	苏州市张家港市人民检察院	故意伤害案（重伤）	张某，黄某 陌生人	检察院	张某认罪悔罪，愿意赔偿受害人；受害人同意调解	达成和解协议，并履行；检察院建议法院判处缓刑；张某被判处有期徒刑2年，缓刑3年

（续表）

序号	主持刑事和解的机关	案件类型	当事人双方及社会关系	主持和参与的社会力量	刑事和解的理由	处理结果
71	苏州市张家港市人民检察院	交通肇事案	张某，陈某陌生人	检察院	张某认罪悔罪，愿意赔偿受害人；受害人家属同意调解	达成和解协议，并履行；作出不起诉决定
72	苏州市张家港市人民检察院	故意伤害案（轻伤）	窦某，张某陌生人	检察院	窦某系偶犯、初犯；判刑不利于矛盾化解和社会关系修复，受害人无法得到及时赔偿；双方同意调解	双方达成协议，并履行；作出相对不起诉的决定
73	浙江省淳安县人民检察院	故意伤害案（轻伤）	方某，李某熟人	检察院、村委会、派出所、司法所	方某因其子被打，找前夫理论，与前夫的父亲发生争执；扭打中致李某受伤；若方某被判刑则不利于孩子成长；为实现案件处理的法律效果和社会效果统一	达成和解协议；作出相对不起诉决定
74	石家庄市裕华区人民检察院	非法拘禁案	张某，李某客户	检察院	因索债引起，主观上为实现债权，主观恶性较小；债务人拖欠债务有明显过错	达成和解协议；双方在检察院主持下签订限期还款协议

（续表）

序号	主持刑事和解的机关	案件类型	当事人双方及社会关系	主持和参与的社会力量	刑事和解的理由	处理结果
75	石家庄市裕华区人民检察院	诈骗案	张某，耿某 熟人	检察院	诈骗款已全部退赔；双方已达成初步谅解	检察院建议法院从轻处罚；张某被判处有期徒刑1年，缓刑1年
76	石家庄市裕华区人民检察院	故意伤害案（轻伤）	戴某，田某 熟人	检察院	戴某认罪悔罪，积极赔偿受害人；戴某一贯表现好；双方相熟识，在踢球时发生争执引起	达成和解协议，作出不起诉决定
77	山东省蓬莱市人民检察院	失火案	张某，某村	检察院、人民调解委员会、镇党委	因上坟烧纸引发火灾；张某认罪悔罪，有自首情节；并积极清理火灾现场；林木的所有人某村请求司法机关不予追究张某的刑事责任	达成协议；作出不起诉决定
78	福建省长乐市人民检察院	故意伤害案（重伤）	周某（未成年人），池某 同学	检察院	周某自首，且系未成年人；已给予受害人合理赔偿，取得受害人及其父母的谅解；受害人父母请求司法部门从轻处理	达成和解协议；作出不起诉决定

（续表）

序号	主持刑事和解的机关	案件类型	当事人双方及社会关系	主持和参与的社会力量	刑事和解的理由	处理结果
79	成都市成华区人民检察院	非法侵入住宅案	二张某（系兄弟），杨某（村支书） 熟人	检察院	因农村土地纠纷引起，但情节轻微；积极探察乡情民意，促进村社团结；二张某诚挚道歉取得受害人谅解	作出不起诉决定
80	陕西省宝鸡市人民检察院	故意伤害案（轻伤）	王某，李某 女婿与岳母	检察院	因家庭琐事引起；亲情并未因伤害事件而伤害；受害人已原谅了其婿王某；王某已多次认错	作出不起诉决定



参考文献

一、中文著作

1. 桑本谦:《理论法学的迷雾——以轰动案例为素材》，法律出版社 2008 年版。
2. 陈瑞华:《刑事诉讼的中国模式》，法律出版社 2008 年版。
3. 陈金全主编:《西南少数民族习惯法研究》，法律出版社 2008 年版。
4. 杜宇:《重拾一种被放逐的传统——刑法视域中习惯法的初步考察》，北京大学出版社 2005 年版。
5. 邓云:《刑事诉讼行为基础理论研究》，中国人民公安大学出版社 2004 年版。
6. 费孝通:《乡土中国　生育制度》，北京大学出版社 1998 年版。
7. 费孝通:《社会调查自白——怎样做社会研究》，上海人民出版社 2009 年版。
8. 范愉:《纠纷解决的理论与实践》，清华大学出版社 2007 年版。
9. 范愉:《非诉讼纠纷解决机制研究》，中国人民大学出版社 2000 年版。
10. 高其才:《中国习惯法论》(修订版)，中国法制出版社 2008 年版。
11. 高其才:《多元司法——中国社会的纠纷解决方式及其变革》，法律出版社 2009 年版。
12. 葛琳:《刑事和解研究》，中国人民公安大学出版社 2008 年版。
13. 龚佳禾主编:《刑事和解制度研究》，中国检察出版社 2007 年版。
14. 黄宗智:《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》，上海书店出版社 2001 年版。

15. 黄宗智：《经验与理论——中国社会、经济与法律的实践历史研究》，中国人民大学出版社2007年版。
16. 何勤华、夏菲主编：《西方刑法史》，北京大学出版社2006年版。
17. 黄京平、甄贞主编：《和谐社会语境下的刑事和解》，清华大学出版社2007年版。
18. 姜涛：《刑事程序分流研究》，人民法院出版社2007年版。
19. 强世功：《惩罚与法治——当代法治的兴起（1976～1981）》，法律出版社2009年版。
20. 强世功主编：《调解、法制与现代性——中国调解制度研究》，中国法制出版社2005年版。
21. 梁治平：《寻求自然秩序中的和谐》，中国政法大学出版社2002年版。
22. 李建玲：《被害人视野中的刑事和解》，山东大学出版社2007年版。
23. 李凤科：《刑法在现代法律体系中的地位与特征》，人民法院出版社2007年版。
24. 吕清：《审判外刑事案件处理方式研究》，中国检察出版社2007年版。
25. 梁根林：《刑事法网：扩张与限缩》，法律出版社2005年版。
26. 梁根林：《刑事政策：立场与范畴》，法律出版社2005年版。
27. 罗翔：《中华刑罚发达史——野蛮到文明的嬗变》，中国法制出版社2006年版。
28. 林毓生：《中国传统的创造性转化》，三联书店1988年版。
29. 孟驰北：《草原文化与人类历史》（上、下），国际文化出版公司1999年版。
30. 奇格：《古代蒙古法制史》，辽宁民族出版社1999年版。
31. 邱兴隆：《刑罚的哲理与法理》，法律出版社2003年版。
32. 曲新久：《刑法的精神与范畴》，中国政法大学出版社2000年版。
33. 冉井富：《当代中国民事诉讼率变迁研究——一个比较法社会学的视角》，中国人民大学出版社2005年版。
34. 苏力：《法治及其本土资源》（修订版），中国政法大学出版社2004年版。
35. 苏力：《送法下乡——中国基层司法制度研究》，中国政法大学出版社

2000 年版。
36. 苏力:《法律与文学》，生活·读书·新知三联书店 2006 年版。
37. 宋英辉、袁金彪主编:《我国刑事和解的理论与实践》，北京大学出版社 2009 年版。
38. 孙勤:《刑事和解的价值分析》，中国人民公安大学出版社 2009 年版。
39. 孙立平:《失衡——断裂社会的运作逻辑》，社会科学文献出版社 2004 年版。
40. 四川省编辑组编:《四川省甘孜州藏族社会历史调查》，四川省社会科学院出版社 1985 年版。
41. 田心则:《刑事诉讼中的国家权力与程序》，中国人民公安大学出版社 2008 年版。
42. 王平主编:《恢复性司法（2005 年卷）》，群众出版社 2005 年版。
43. 王亚新等:《法律程序运作的实证分析》，法律出版社 2005 年版。
44. 王铭铭:《社会人类学与中国研究》，广西师范大学出版社 2005 年版。
45. 王铭铭、王斯福:《乡土社会的秩序、公正与权威》，中国政法大学出版社 1997 年版。
46. 王立峰:《惩罚的哲理》，清华大学出版社 2006 年版。
47. 汪明亮:《定罪量刑社会学模式》，中国人民公安大学出版社 2007 年版。
48. 汪明亮:《“严打”的理性评价》，北京大学出版社 2004 年版。
49. 武小凤:《冲突与对接——刑事和解刑法制度研究》，中国人民公安大学出版社 2008 年版。
50. 肖仕卫:《刑事判决是如何形成的——以 S 省 C 区法院实践为中心的考察》，中国检察出版社 2009 年版。
51. 徐昕:《论私力救济》，中国政法大学出版社 2005 年版。
52. 徐昕:《迈向社会和谐的纠纷解决》，中国检察出版社 2007 年版。
53. 徐忠明:《案例、故事与明清时期的司法文化》，法律出版社 2006 年版。
54. 左卫民等:《变革时代的纠纷解决——法学与社会学的初步考察》，北京大学出版社 2007 年版。

55. 周长军：《刑事裁量权论——在划一性与个别化之间》，中国人民公安大学出版社 2006 年版。
56. 夏勇主编：《走向权利的时代》，社会科学文献出版社 2007 年版。
57. 赵秉志主编：《中国刑事法治发展研究报告（2005～2006 年卷）》，中国人民公安大学出版社 2006 年版。
58. 朱景文：《比较法社会学的框架和方法——法制化、本土化和全球化》，中国人民大学出版社 2001 年版。
59. 朱晓阳：《罪过与惩罚》，天津古籍出版社 2003 年版。
60. 朱晓阳、侯猛编：《法律与人类学：中国读本》，北京大学出版社 2008 年版。
61. 张冠梓：《论法的成长——来自中国南方山地法律民族志的诠释》，社会科学文献出版社 2002 年版。
62. 张心向：《在规范与事实之间——社会学视域下的刑法运作实践研究》，法律出版社 2008 年版。
63. 张希坡：《马锡五审判方式》，法律出版社 1983 年版。
64. 周国文：《刑罚的界限——Joel Feinberg 的“道德界限”与超越》，中国检察出版社 2008 年版。
65. 张培田：《法的历程——中国司法审判制度的演进》，人民出版社 2007 年版。
66. 应星：《大河移民上访的故事》，生活·读书·新知三联书店 2001 年版。

二、译著

1. ［美］埃里克·A. 波斯纳：《法律与社会规范》，沈明译，中国政法大学出版社 2004 年版。
2. ［美］埃里克森：《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》，苏力译，中国政法大学出版社 2003 年版。
3. ［美］博西格诺等：《法律之门》，邓子滨译，华夏出版社 2002 年版。
4. ［美］博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 1999 年版。
5. ［美］理查德·A. 波斯纳：《法律与文学》（增订版），李国庆译，中国

政法大学出版社 2002 年版。
6. ［美］理查德·A. 波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社 2002 年版。
7. ［美］理查德·A. 波斯纳：《超越法律》，苏力译，中国政法大学出版社 2001 年版。
8. ［美］理查德·A. 波斯纳：《正义/司法的经济学》，苏力译，中国政法大学出版社 2002 年版。
9. ［美］弗里德曼：《法律制度》，李琼英、林欣译，中国政法大学出版社 2004 年版。
10. ［美］托马斯·库恩：《科学革命的结构》，李宝恒译，上海科技出版社 1980 年版。
11. ［美］托马斯·库恩：《必要的张力》，范岱年、纪树立等译，北京大学出版社 2004 年版。
12. ［美］威廉·伊恩·米勒：《以眼还眼》，郑文龙、廖溢爱译，浙江人民出版社 2009 年版。
13. ［美］唐纳德·布莱克：《正义的纯粹社会学》，徐昕、田璐译，浙江人民出版社 2009 年版。
14. ［美］唐纳德·布莱克：《法律的运作行为》，苏力译，中国政法大学出版社 2004 年版。
15. ［美］唐纳德·布莱克：《社会学视野中的司法》，郭星华等译，法律出版社 2002 年版。
16. ［美］萨利·安格尔·梅丽：《诉讼的话语——生活在美国社会底层人的法律意识》，郭星华、王晓蓓、王平译，北京大学出版社 2007 年版。
17. ［美］麦高伟、切斯特·米尔斯基：《陪审制度与辩诉交易——一部真实的历史》，陈碧、王戈等译，中国检察出版社 2006 年版。
18. ［美］西莉亚·布朗奇菲尔德：《刑罚的故事》，郭建安译，法律出版社 2006 年版。
19. ［美］R. M. 昂格尔：《现代社会中的法律》，吴玉章、周汉华译，译林出版社 2001 年版。
20. ［美］本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆

2000 年版。
21. ［美］罗伯特·J. 桑普森、约翰·H. 劳布：《犯罪之形成——人生道路及其转折点》，汪明亮等译，北京大学出版社 2006 年版。
22. ［美］艾尔·巴比：《社会研究方法》（上、下），邱泽奇译，华夏出版社 2000 年版。
23. ［美］玛丽·安格·伦顿：《权利话语——穷途末路的政治言辞》，周威译，北京大学出版社 2006 年版。
24. ［美］约翰·M. 康利、威廉·M. 欧巴尔：《法律、语言与权力》，程朝阳译，法律出版社 2007 年版。
25. ［美］詹姆斯·C. 斯科特：《弱者的武器》，郑广怀、张敏、何江穗译，译林出版社 2007 年版。
26. ［美］吉尔兹：《地方性知识》，王海龙、张家瑄译，中央编译出版社 2004 年版。
27. ［英］弗里德里希·冯·哈耶克：《自由秩序原理》，邓正来译，生活·读书·新知三联书店 1997 年版。
28. ［英］弗里德里希·冯·哈耶克：《法律、立法与自由》（第 1 卷），邓正来、张守东、李静冰译，中国大百科全书出版社 2000 年版。
29. ［英］弗里德里希·冯·哈耶克：《哈耶克文选》，冯克利译，凤凰传媒出版集团、江苏人民出版社 2007 年版。
30. ［英］弗里德里希·冯·哈耶克：《自由秩序原理》（上），邓正来译，生活·读书·新知三联书店 1997 年版。
31. ［英］马凌诺斯基：《文化论》，费孝通译，华夏出版社 2002 年版。
32. ［英］马林诺夫斯基：《原始社会的犯罪与习俗》（修订译本），原江译，法律出版社 2007 年版。
33. ［英］罗杰·科特威尔：《法律社会学导论》，潘大松等译，华夏出版社 1989 年版。
34. ［德］哈贝马斯：《事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》，童世骏译，生活·读书·新知三联书店 2003 年版。
35. ［德］克劳思·罗科信：《刑事诉讼法》，吴丽琪译，法律出版社 2003 年版。

36. ［德］汉斯·约阿希姆·施奈德:《国际范围内的被害人》，许章润译，中国人民公安大学出版社 1992 年版。
37. ［德］托马斯·莱赛尔:《法社会学导论》，高旭军等译，上海人民出版社 2008 年版。
38. ［法］埃米尔·涂尔干:《社会分工论》，渠东译，生活·读书·新知三联书店 2000 年版。
39. ［法］迪尔凯姆:《社会学方法的准则》，狄玉明译，商务印书馆 1995 年版。
40. ［法］皮埃尔·布尔迪厄:《言语意味着什么——语言交换的经济》，褚思真、刘晖译，商务印书馆 2006 年版。
41. ［法］皮埃尔·布尔迪厄:《科学的社会用途——写给科学场的临床社会学》，张艳、刘成富译，南京大学出版社 2005 年版。
42. ［法］米歇尔·福柯:《规训与惩罚》，刘北成、杨远婴译，生活·读书·新知三联书店 1999 年版。
43. ［法］米歇尔·福柯:《知识考古学》，谢强、马月译，生活·读书·新知三联书店 2007 年版。
44. ［法］米歇尔·福柯:《词与物——人文科学考古学》，莫伟民译，上海三联书店 2001 年版。
45. ［意］戴维·奈尔肯编:《比较刑事司法论》，张明楷译，清华大学出版社 2004 年版。
46. ［日］棚濑孝雄:《纠纷的解决与审判制度》，王亚新译，中国政法大学出版社 2004 年版。
47. ［日］六本佳平:《日本法与日本社会》，刘银良译，中国政法大学出版社 2006 年版。
48. ［日］田中英夫、竹内昭夫:《私人在法实现中的作用》，李薇译，法律出版社 2006 年版。
49. ［日］大谷实:《刑事政策学》，黎宏译，中国人民大学出版社 2009 年版。
50. ［日］滋贺秀三等:《明清时期的民事审判与民间契约》，王亚新等编译，法律出版社 1998 年版。

51. ［澳］迈克尔·R. 达顿：《中国的规制与惩罚——从父权本位到人民本位》，郝方昉、崔洁译，清华大学出版社2009年版。
52. ［古希腊］亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1995年版。

三、中文论文

1. ［法］布迪厄："法律的力量——迈向司法场域的社会学"，载《北大法律评论》（第2卷第2辑），法律出版社2000年版。
2. 陈光中："刑事和解的理论基础与司法适用"，载《人民检察》2006年第5期。
3. 陈瑞华："刑事诉讼法学研究方法的反思"，载《政法论坛》2005年第3期。
4. 陈瑞华："刑事诉讼的私力合作模式——刑事和解在中国的兴起"，载《中国法学》2006年第5期。
5. 陈霞："论刑事和解"，山东大学2007年硕士学位论文。
6. 陈京春："刑事和解在死刑案件中的适用"，载《甘肃政法学院学报》2008年第6期。
7. 邓俊杰："论刑事和解制度在我国的构建"，中国政法大学2007年硕士学位论文。
8. 范愉："法院调解制度的实证性研究"，载王亚新等：《法律程序运作的实证分析》，法律出版社2005年版。
9. 范愉："论我国社会调整系统中的政策与法"，载《中国人民大学学报》1988年第6期。
10. 范愉："私力救济考"，载《江苏社会科学》2007年第6期。
11. 封利强、崔杨："刑事和解的经验与问题——对北京市朝阳区刑事和解现状的调查"，载《中国刑事法杂志》2008年第1期。
12. 樊学勇、杨涛："公安机关办理刑事案件中的调解问题研究——以构建和谐社会为视角"，载《北京人民警察学院学报》2006年第6期。
13. 冯霞："未成年人刑事案件引入和解制度探析"，载《法治论丛》2007年第6期。
14. 关明星："刑事和解制度研究"，山东大学2006年硕士学位论文。

15. 黄峰、桂兴卫："刑事和解机制的探索与实践——以基层检察院的和解不起诉为切入点"，载《中国刑事法杂志》2008 年第 1 期。
16. 黄京平："宽严相济刑事政策的时代含义及实现方式"，载《法学杂志》2006 年第 4 期。
17. 何碧琼："西方现代刑事和解制度与中国传统刑事调解制度之比照分析"，载《四川理工学院学报》2007 年第 5 期。
18. 胡洁人："使和谐社区转起来——当代上海社区冲突解决研究"，香港中文大学 2009 年博士学位论文。
19. 孔晓曼："刑事和解——推动司法现代化的新选择"，载《法制与社会》2007 年第 10 期。
20. 李姊漪：《论刑事和解制度——侧重实体法之研究》，四川大学 2007 年硕士学位论文。
21. 刘凌梅："西方国家刑事和解理论与实践介评"，载《现代法学》2001 年第 1 期。
22. 刘军："刑事和解的博弈论视角"，载《山东大学学报》2008 年第 2 期。
23. 刘根菊："刑事和解的模式及相关问题研究"，载《法治论丛》2008 年第 5 期。
24. 黎宏："刑事和解——一种新的刑罚改革理念"，载《法学论坛》2006 年第 4 期。
25. 孟淑莉："刑事和解制度研究"，安徽大学 2007 年硕士学位论文。
26. 毛建中："刑事司法历史进程中的私力合作兴衰与更新——对公力救济与当事人协定和解的历史解读"，载《四川警察学院学报》2008 年第 1 期。
27. 马静华："刑事和解制度论纲"，载《政治与法律》2003 年第 4 期。
28. 马静华："刑事和解的理论基础及其在我国的制度构想"，载《法律科学》2003 年第 4 期。
29. 庞亭玉："论刑事和解"，中国政法大学 2007 年硕士学位论文。
30. 孙维佳："论刑事和解制度在检察环节落实的对接机制"，上海交通大学 2007 年硕士学位论文。

31. 沈海东：“论刑事和解制度”，对外经济贸易大学2007年硕士学位论文。
32. 史立梅：“刑事和解：刑事纠纷解决的‘第三领域’”，载《政法论坛》2007年第6期。
33. 宋英辉、许身健：“恢复性司法程序之思考”，载《现代法学》2004年第3期。
34. 宋英辉：“刑事和解的几个问题”，载《国家检察官学院学报》2007年第2期。
35. 宋英辉：“刑事和解的实证分析与辩证考量”，载《人民检察》2008年第24期。
36. 萨其荣桂：“法律事件中的民间舆论群体及其话语实践”，载《内蒙古社会科学》2007年第1期。
37. 萨其荣桂：“蒙古族聚居地区纠纷解决机制的实证研究”，载《甘肃政法学院学报》2006年第2期。
38. 谭英姿：“论公诉阶段的刑事和解”，湖南大学2007年硕士学位论文。
39. 王鼎：“论刑事和解制度的中国法律基础——以刑事实体法为视角”，中国政法大学2007年硕士学位论文。
40. 王永燕：“刑事和解相关理论问题及在中国的制度构建”，中国人民大学2008年硕士学位论文。
41. 巫若枝：“当代中国家事法制实践研究——以华南R县为例”，中国人民大学2007年博士学位论文。
42. 王瑞君：“刑事调解与刑事和解：法文化视角的对照与分析”，载《山东社会科学》2007年第3期。
43. 汪世荣：“陕甘宁边区刑事调解判例判词点评”，载《中国审判新闻月刊》2007年第4期。
44. 吴国贵：“刑事和解制度化之法理纬度探讨”，载《福建法学》2006年第4期。
45. 吴娟娟：“刑事和解中国模式的构建”，中国政法大学2007年硕士学位论文。
46. 武小凤：“不可回避的存在 —解读中国古代社会刑事和解”，载《政

法论坛》2008 年第 3 期。
47. 肖仕卫："刑事法治的'第三领域'：中国刑事和解制度的结构定位与功能分析"，载《中外法学》2007 年第 6 期。
48. 向朝阳、马静华："刑事和解的价值构造及中国模式的构建"，载《中国法学》2003 年第 6 期。
49. 席刚："论我国刑事和解制度的构建"，山东大学 2007 年硕士学位论文。
50. 徐军："刑事和解制度与检察权的运用"，载《中国司法》2007 年第 12 期。
51. 杨柳："模糊的法律产品——对两起基层法院调解案件的考察"，载《北大法律评论》（第 2 卷第 1 辑），法律出版社 1999 年版。
52. 于志刚："论刑事和解视野中的犯罪客体价值——对误入歧途的刑事和解制度的批判"，载《现代法学》2009 年第 1 期。
53. [日] 滋贺秀三："中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材"，载《比较法研究》1988 年第 3 期。
54. 钟勇、李玲："试析我国刑事和解制度"，载《今日中国论坛》2007 年第 12 期。
55. 朱正余："刑事和解视野下参与主体利益博弈分析"，载《晋中学院学报》2008 年第 4 期。
56. 张僴、徐阳："刑事和解的理念与框架——社会学进路的学理阐释"，载《社会科学辑刊》2008 年第 2 期。
57. 周光权："论刑事和解制度的价值"，载《华东政法学院学报》2006 年第 5 期。
58. 曾国东："公诉环节故意轻伤害案件和解制度的探索"，载《法学》2006 年第 4 期。
59. 卓广平、刘思培："刑事和解的恢复性司法之维"，载《漯河职业技术学院学报》2007 年第 4 期。
60. 张艳云、宋冰："论唐代保辜制度的实际运用——从《唐宝应元年（762）六月康失芬行车伤人案卷》谈起"，载《陕西师范大学学报（哲学社会科学版）》2003 年第 6 期。

61. ［美］丹尼尔·W. 凡奈恩："全球视野下的恢复性司法"，载《南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学）》2005 年第 4 期。

四、媒体报道

1. 黄庆畅："刑事自诉等三类案件将探索和解新机制"，载《人民日报》2007 年 3 月 11 日。
2. 傅剑锋："老父忍痛终结女儿生命　被害救助困境亟待改观"，载《南方周末》2006 年 4 月 27 日。
3. 吴晓峰、张亦嵘："刑事和解争议中试水遇法律难题"，载《法制日报》2006 年 7 月 26 日，第 008 版。
4. 陈文彬："完善运作方式拓展工作内涵：雨花台区努力打造'轻微刑事案件和解'机制品牌"，载《今日信息报》2008 年 4 月 11 日，第 B04 版。
5. 刘仁文："要惩罚也要宽容"，载《人民法院报》2010 年 1 月 29 日，第 7 版。
6. "孙伟铭醉驾改判无期：民意为何倒戈"，载 http：//news. 21cn. com，访问日期：2009 年 9 月 10 日。
7. "赔钱减刑，合法？合理？合情?"，载《南方周末》2007 年 2 月 8 日。
8. 李凤林："'赔钱减刑'与刑事和解"，载《南方周末》2007 年 2 月 14 日。
9. 郭魏、陈立毅："践行恢复性司法理念　服务和谐社会建设"，载《法治快报》2009 年 5 月 13 日，第 005 版。
10. 吕锐、钟冠兴："在未成年刑事审判中探索适用刑事和解——广州中院判决陈子华等十三人故意伤害案"，载《人民法院报》2007 年 4 月 30 日，第 005 版。
11. "'本土检察官'办'本土案件'——扬州广陵轻微刑事案件和解走出新路子"，载《江苏法制报》2009 年 6 月 15 日，第 005 版。
12. 陈刚："'官''员'参与刑事和解促和睦"，载《法制生活报》2009 年 10 月 30 日，第 003 版。
13. "'宽严相济'刑事和解助推和谐湖南"，载《湖南日报》2007 年 12 月 16 日，第 A02 版。

14. “东城法院推出未成年人轻微刑事案件和解制度　得到被害人谅解可减轻或免予处罚”，载《北京日报》2007年11月24日，第006版。
15. 景田：“东莞法院：我们为什么探索‘刑事和解’”，载《民主与法制时报》2007年7月9日，第A07版。
16. “北京朝阳法院推广‘刑事自诉及附带民事诉讼案和解工作’新做法　经济赔偿情况可影响量刑”，载《法制日报》2006年2月18日，第001版。
17. 胡新桥：“检察官主持嫌犯与被害人‘私了’　湖北首次运用‘刑事和解’处理未成年人犯罪案”，载《法制日报》2006年12月21日，第005版。
18. 李健康、郭文明：“检察环节刑事和解的操作困难”，载《江苏法制报》2007年10月15日，第006版。
19. “检调对接及时化解矛盾　贾汪检方建立轻微刑事案件和解机制”，载《徐州日报》2008年6月13日，第003版。
20. 宋振璐、张振红、祖丙山：“平原探索轻伤害案刑事和解机制”，载《德州日报》2008年8月11日，第002版。